

EWALD METZLER

**Die Aufrechnung nach
Übertragung oder Belastung**

1966



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554402_0079

EWALD METZLER

Die Aufrechnung nach Übertragung oder Belastung





**Die
Aufrechnung
nach
Übertragung
oder
Belastung**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg
vorgelegt von

Ewald Metzler
Referendar aus Herborn

Marburg 1966

Als Dissertation von der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 22. Juni 1966

Berichterstatter: Professor Dr. Bruns
Mitberichterstatter: Professor Dr. Henrich
Tag der mündlichen Prüfung: 6. Juli 1966

Meinen Eltern

V o r w o r t

Ausgelöst wurde die vorliegende Arbeit durch § 406 BGB. Kaum jemand, der diese Vorschrift zum ersten Mal zu Gesicht bekommt, wird sich sofort über deren Inhalt Rechenschaft geben können. Hat man den etwas schwierigen Wortlaut nach mehrmaligem Lesen in sich aufgenommen, so bleibt die Frage nach dem Warum. Welchen Sinn und Zweck hat vor allem derjenige Teil des § 406 BGB, der von der Fälligkeit der Gegenforderung handelt?

Eine, wenngleich negative Beantwortung dieser Frage wird in § 21 versucht: Die aus den Gesetzesmaterialien ersichtliche Begründung wurde schon in den Beratungen der zweiten Kommission kritisiert, und die Richtigkeit zweier weiterer Begründungen, die das rechtswissenschaftliche Schrifttum hervorbrachte, ist nicht minder zweifelhaft. Selbst wenn diese drei Begründungen als widerlegt angesehen werden dürften, ist damit die gestellte Frage noch nicht vollständig beantwortet.

Die vollständige Beantwortung hängt davon ab, daß nachgewiesen wird, daß für das, was § 406 BGB über die Fälligkeit der Gegenforderung bestimmt, nach den Prinzipien des Aufrechnungsrechts kein Platz ist. Welches sind nun die Prinzipien, die für die Aufrechnung gegen eine abgetretene Forderung gelten? Steckt man den Rahmen ein wenig weiter, so ergibt sich das Thema: "Aufrechnung nach Übertragung oder Belastung."

Die Aufrechnungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches haben, wie ein Blick auf §§ 387, 388 und 389 BGB verrät, lediglich den Normalfall im Auge, daß es sich bei den an der Aufrechnung beteiligten Rechten um weder abgetretene noch belastete Forderungen handelt. Die für die Aufrechnung nach Übertragung oder Belastung gültigen Prinzipien lassen sich jedoch aus den Aufrechnungstheorien ableiten.

Die Aufrechnungstheorien, die in der vorliegenden Arbeit als Verwertungsrechtstheorie und Erwerbsrechtstheorie bezeichnet werden, können sich auf ein sehr umfangreiches Schrifttum stützen, in dem ihre Richtigkeit nahezu einmütig anerkannt wird (vgl. § 8 B I 2 und II 2). Gerade deshalb muß es verwundern, wie selten aus

diesen Theorien für Einzelfragen Schlußfolgerungen gezogen werden.

Was liegt also näher, als aufgrund der nach der Verwertungsrechtstheorie gegebenen Pfandrechtsähnlichkeit des Aufrechnungsrechtes pfandrechtliche Rechtsgedanken in das Aufrechnungsrecht zu übertragen! Wie sich zum Beispiel die pfandrechtlichen Grundbegriffe "Pfandreife" und "Pfandbegründung" im Aufrechnungsrecht wiederfinden, so erweisen sich die §§ 392 und 406 BGB als Ausdruck des Satzes "prior tempore, potior iure."

Der komplizierte Wortlaut der §§ 392 und 406 BGB sowie des § 55 KO ließ es in der vorliegenden Arbeit als angezeigt erscheinen, sich hierüber vor Eintritt in die eigentlichen Untersuchungen Klarheit zu verschaffen. Weit davon entfernt, formale Gesichtspunkte in den Vordergrund zu stellen, verfolgen die §§ 3 bis 7 den Zweck, die oft zu beobachtende Verwirrung sachlicher und formaler Argumente zu verhindern (vgl. § 2 B II).

Die vorliegende Arbeit bietet viele Anknüpfungspunkte zu Erörterungen, die über den Rahmen des Themas hinausgehen würden. Stichworte wie "subjektives Recht", "Rechtsmißbrauch", "subjektive Interpretationstheorie" und "Restriktion" könnten zu Exkursen in das Allgemeine Privatrecht und die Rechtsphilosophie benutzt werden. Soweit wie nur möglich, wurde versucht, hiervon abzusehen, und auf das einschlägige Schrifttum verwiesen.

Die Aufrechnung nach Übertragung oder Belastung ist ein auch in der Praxis aktuelles Thema, das die höchstrichterliche Rechtsprechung in neuerer Zeit beschäftigt hat. Namentlich zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, die einer Aufrechnung ablehnend gegenüberstanden, sind nach den Ergebnissen vorliegender Untersuchung nicht zu billigen (BGHZ 19, 153: vgl. § 21 Anm. 21; und BGH LM zu § 419 BGB Nr. 8 III: vgl. § 23 Anm. 6).

Obwohl der Verfasser ein Anhänger der soziologischen Jurisprudenz ist, finden sich in der vorliegenden Arbeit kaum soziologische Argumente. Dies erklärt sich durch die verschiedene soziale Signifikanz der einzelnen Rechtsgebiete: Das Aufrechnungsrecht ist nur in geringem Maße sozial signifikant und seine Geschichte eine sich unabhängig von der jeweiligen Sozialstruktur vollziehende Vervollkommenung der juristischen Technik (vgl. § 2 B I).

Ü b e r b l i c k

Schrifttumsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXVII
Inhaltsverzeichnis	XXXIII

A. EINLEITUNG

§ 1 Begriffsbestimmung	1
§ 2 Fragestellung und Methode	6

B. DIE AUFRECHNUNG NACH ÜBERTRAGUNG ODER BELASTUNG

I. TEIL: DIE AUFRECHNUNG GEGEN EIN ÜBERTRAGENES ODER BELASTETES RECHT

1. ABSCHNITT: DIE AUFRECHNUNG MIT EINER FORDERUNG GEGEN DEN VOR DER ÜBERTRAGUNG ODER BELASTUNG BERECHTIGTEN

a. ERSTES KAPITEL: DIE SICH AUS DEM WORTLAUT DES GE- SETZES ERGEBENDE REGE- LUNG

§ 3 Die Aufrechnung gegen eine abgetretene Forderung	20
§ 4 Die Aufrechnung gegen eine beschlagnahmte Forde- rung	32
§ 5 Die Aufrechnung gegen eine verpfändete Forderung	35
§ 6 Die Aufrechnung gegen eine mit einem Nießbrauch belastete Forderung	38
§ 7 Die Aufrechnung gegen eine mit Konkursbeschlagnahme belegte Forderung	39

b. ZWEITES KAPITEL: KRITIK UND KORREKTUR
AN DER SICH AUS DEM WORTLAUT DES GE-
SETZES ERGEBENDEN REGELUNG

aa. KERNPROBLEME

aaa. WESEN UND BEGRÜNDUNG DES AUF-
RECHNUNGSRECHTES

§ 8	Dinglichkeit	44
§ 9	Gegenseitigkeit	56
§ 10	Entwicklungsstufen	66
§ 11	Gleichartigkeit	77

bbb. DIE AUSÜBUNG DES AUFRECHNUNGSRECHTES

§ 12	Erstrang	84
§ 13	Reife	90
§ 14	Erklärung	92
§ 15	Wirkung	96

bb. RANDPROBLEME

§ 16	Abtretungsrecht	104
§ 17	Sachenrecht	113
§ 18	Wertpapierrecht	126
§ 19	Zwangsvollstreckungsrecht	134
§ 20	Konkursrecht	145
§ 21	Die Fälligkeit der Gegenforderung	154

2. ABSCHNITT: DIE AUFRECHNUNG MIT EINER FOR-
DERUNG GEGEN DEN INFOLGE DER ÜBERTRAGUNG
ODER BELASTUNG BERECHTIGTEN

§ 22		164
------	-------	-----

II. TEIL: DIE AUFRECHNUNG MIT EINER AB-
GETRETENEN ODER BELASTETEN FORDERUNG

§ 23	1. Abschnitt: Die Aufrechnung gegen ein Recht gegen den vor der Abtretung oder Belastung Berechtigten	168
§ 24	2. Abschnitt: Die Aufrechnung gegen ein Recht gegen den infolge der Abtretung oder Belastung Berechtigten	177

C. ERGEBNIS

§ 25	Korrektur an den bestehenden Vorschriften	179
§ 26	Vorschlag einer Neuregelung des Aufrechnungs- rechtes	182
Gesetzesverzeichnis		187
Sachverzeichnis		197
Lebenslauf		209

S c h r i f t t u m s v e r z e i c h n i s

Arndt, Die Wirkung einer Vorausabtretung künftiger Forderungen im Konkurs, DRiZ Bd. 32 (1954) SS. 233-234.

Baumbach, Adolf, -Hefermehl, Wolfgang, Kurzkommentar zum Wechselgesetz und Scheckgesetz, 7. Aufl. 1962.

Baumbach, Adolf, -Lauterbach, Wolfgang, Kurzkommentar zur Zivilprozeßordnung, 28. Aufl. 1965.

Baumgärtel, Gottfried, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 1957.

Baur, Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl. 1963.

Biermann, Johannes, Kommentar zum Sachenrecht, 3. Aufl. 1914.

Bley, Erich, Kommentar zur Vergleichsordnung, 2. Aufl. 1955.

Blomeyer, Arwed, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl. 1964.

Blomeyer, Karl, Eigentümergrundpfandrecht und Grundpfandbestellungsrecht des Eigentümers, DRW Bd. 6 (1941) SS. 110-136.

Böhle-Stamschräder, A., Kurzkommentar zur Konkursordnung, 6. Aufl. 1961.

Boehmer, Gustav, Trennung von Hypothek und Forderung, BürgA Bd. 37 (1912) SS. 205-236.

Boehmer, Gustav, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. B. 1. Abt. 1951, 2. B. 2. Abt. 1952.

Börner, Bodo, Die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten, NJW Bd. 14 (1961) SS. 1505-1509.

Boor, Hans Otto de, -Erkel, Günther, Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl. 1962.

Braga, S., Der Schadensersatzanspruch nach § 326 BGB und die Aufrechnung und Abtretung (§ 404 und § 406 BGB), MDR Bd. 13 (1959) SS. 437-441.

Bruns, Rudolf, Zivilprozeßrecht, 1949.

Bruns, Rudolf, Lehrbücher des Zivilprozeß-, Vollstreckungs- und Konkursrechts, JZ Bd. 12 (1957) SS. 390-391.

Bruns, Rudolf, Zwangsvollstreckungsrecht, 1963.

Canstein, v., Construction der Concursrechtsverhältnisse, Grünhuts Zeitschrift Bd. 9 (1882) SS. 461-491.

Clark, George L., Summary of American Law, 1947.

Corbin, Arthur Linton, on Contracts, One Volume Edition 1952.

Cosack, Konrad, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 6. Aufl. 1913, 7. Aufl. 1922.

Crome, Carl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1900.

Dölle, Hans, Theoretische Jurisprudenz in Nordamerika, Gruchot Bd. 68 (1927) SS. 492-505.

Dölle, Hans, Neutrales Handeln im Privatrecht, Festschrift Fritz Schulz, 2. Bd. SS. 268-288, 1951.

Dreher, Eduard, Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des Gegenstandes bei Übereignung und Abtretung, AcP Bd. 138 (1934) SS. 350-372.

Dulckeit, Gerhard, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951.

Eccius, Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatz(s.u. Simonson), Gruchot Bd. 50 (1906) SS. 252-254.

Eckstein, Ernst, Der rechtliche Charakter der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung und die rechtliche Stellung des Versteigerungsrichters und des Zwangsverwalters, ZZP Bd. 40 (1910) SS. 48-106.

Eichler, Hermann, Institutionen des Sachenrechtes, 1. Bd. 1954, 2. Bd. 1. Hbd. 1957, 2. Bd. 2. Hbd. 1960.

Endemann, F., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 8. Aufl. 1903.

Enneccerus, Ludwig, Lehmann, Heinrich, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958.

Enneccerus, Ludwig, Nipperdey, Hans Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1. Hbd. 1959, 2. Hbd. 1960.

Erath, Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes bei Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten, AcP Bd. 128 (1928) SS. 344-353.

Erman, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 1962.

Esser, Josef, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960.

Fabian, Rechtsstellung des Drittschuldners, der trotz Forderungspfändung gutgläubig leistet, JW Bd. 43 (1914) SS. 451-457.

Falkmann, In wie weit kann der Pfandgläubiger nach Fälligkeit seiner Forderung über eine ihm als Pfand haftende Forderung verfügen?, Gruchot Bd. 44 (1900) SS. 109-114.

Feder, Ernst, Die rechtliche Natur der Aufrechnung außerhalb des Rechtsstreits, ZHR Bd. 54 (1904) SS. 434-499.

Fikentscher, Wolfgang, Das Schuldrecht, 1965.

Flume, Werner, Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP Bd. 161 (1962) SS. 385-408.

Förster, Franz, -Eccius, M.E., Preußisches Privatrecht, 1. Bd. 7. Aufl. 1896.

Frohn, Peter, Kein gutgläubiger Erwerb des Werkunternehmerpfandrechts?, AcP Bd. 161 (1962) SS. 31-44.

Fuchs, Ernst, Juristischer Kulturkampf, 1912.

Gareis, Karl, -Oertmann, Paul, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 1927.

Gaupp, Ludwig, -Stein, Friedrich, -Jonas, Martin, -Schönke, Adolf, -Pohle, Rudolf, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl. 1. Bd. (§§ 1-510c) 1953, 2. Bd. (§§ 511-1048) 1956.

Genkin, D.M., -Bratus, S.N., -Lunz, L.A., -Nowizki, I. B., Sowjetisches Zivilrecht, 1. Bd. 1953.

Geny, François, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1. und 2. Bd. 2. Aufl. 1919.

Geny, François, Science et Technique en droit privé positif, 1. bis 4. Bd. 2. Aufl. 1915-1925.

Gettler, Wilhelm, Kann § 185 BGB bei der Pfändung von dem Schuldner nicht gehöriger Sachen zur Anwendung kommen?, ZZP Bd. 58 (1934) SS. 227-229.

Gierke, Julius von, Das Recht der Wertpapiere, 1954.

Gierke, Julius von, Handelsrecht und Schifffahrtsrecht, 8. Aufl. 1958.

Gierke, Julius von, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts,
4. Aufl. 1959.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, 1. Bd. 1895, 2. Bd. 1905.

Götte, Zwei Streitfragen über die Aufrechnung im Bürgerlichen Ge-
setzbuche, BürgA Bd. 17 (1906) SS. 164-168.

Gogos, Demetrius, Der Einlösungsrückgriff (Remboursregreß) des
Indossanten im Wechselrecht, 1938.

Goldmann, E.,-Lilienthal, L.,-Sternberg, L., Kommentar zum Sachen-
recht, 1912.

Grunsky, Wolfgang, Die Rückwirkung der Aufrechnung - BGHZ 27, 123,
JuS Bd. 3 (1963) SS. 102-106.

Hahnzog, Klaus, Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger For-
derungen, Münchener Dissertation, 1962.

Hakulinen, Y. J., Finnisches Obligationenrecht, Die Zivilgesetze
der Gegenwart, Bd. 10 Tl. 1 (1936) SS. 1-114.

Hartlaub, Carl, Der Solutionsgedanke bei der Kompensation, Frei-
burger Dissertation, 1902.

Haudek, Wilhelm, Kompensation (Aufrechnung), Rechtsvergleichendes
Handwörterbuch, Bd. 5 (1936) SS. 58-66.

Heck, Philipp, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP
Bd. 112 (1914) SS. 1-318.

Heck, Philipp, Grundriß des Schuldrechts, 1929.

Heck, Philipp, Grundriß des Sachenrechts, 1930.

Hedemann, Justus Wilhelm, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbu-
ches, 3. Aufl. 1949.

Hedemann, Justus Wilhelm, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 1960.

Hellmann, Friedrich, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1907.

Henke, Horst Eberhard, Gutgläubiger Erwerb gesetzlicher Besitzpfandrechte?, AcP Bd. 161 (1962) SS. 1-31.

Herling, Karl, Konkursrechtliche Schranken der Aufrechenbarkeit, 1932.

Hilker, Arthur, Die Aufrechnung des Gläubigers im Konkurse des Schuldners, Leipziger Dissertation, 1906.

Hirsch, Hans Christoph, Die Übertragung der Rechtsausübung, 1910.

Hölder, Eduard, Zur Theorie der Willenserklärung, Festschrift für Heinrich Degenkolb, SS. 91-133, 1905.

Hubernagel, G., Doppelwirkungen und Konkurrenzen, AcP Bd. 137 (1933) SS. 205-237.

Hueck, Alfred, Recht der Wertpapiere, 9. Aufl. 1963.

Jacobi, Ernst, Die Wertpapiere, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 4. Bd. 1. Abt. SS. 125-562, 1917.

Jacobi, Ernst, Wechsel- und Scheckrecht, 1956.

Jaeger, Ernst, -Lent, Friedrich, Kommentar zur Konkursordnung, 1. Bd. (§§ 1-70) 8. Aufl. 1958.

Josef, Eugen, Der Schutz des Drittschuldners bei Pfändung von Forderungen und die Wirkung der vom Konkursverwalter erteilten Eintragungsbewilligung nach Aufhebung des Konkurses, AcP Bd. 114 (1916) SS. 124-142.

Kegel, Gerhard, Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquidität rechtsvergleichend dargestellt, 1938.

Kipp, Theodor, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, Festschrift für Ferdinand von Martitz, SS. 211-233, 1911.

Koban, Anton, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Rechte, Der Kompensationsnexus, 1909.

Koch, C. F., Kommentar zum Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten, 2. Bd. 8. Aufl. 1886.

Kohler, J., Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, ZZP. Bd. 24 (1898) SS. 1-49.

Kohler, J., Leitfaden des Deutschen Konkursrechts, 2. Aufl. 1903.

Kreß, Hugo, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929.

Kretzschmar, Ferdinand, Kommentar zum Sachenrecht, 1906.

Krönig, Ernst, Die Grenzen des Aufrechnungsverbot des § 394 BGB, MDR Bd. 6 (1952) SS. 323-325.

Krückmann, Kommissionen, Komitees, Ausschüsse, BürgA Bd. 8 (1894) SS. 67-170.

Krückmann, Paul, Buchbesprechung (s.u. Weigelin), ZZP Bd. 34 (1905) SS. 355-370.

Krückmann, Paul, Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht, AcP Bd. 103 (1908) SS. 139-384.

Kunick, Heinrich, Die Einschränkungen der Aufrechnung und der Konfusion im Konkurs, 1926.

Lang, Georg, Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht, seine Erweiterungen und seine Beschränkungen im Konkurs des Schuldners, 1906.

Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd. 7. Aufl. 1964.

Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl. 1963.

Leonhard, Franz, Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, BürgA Bd. 21 (1902) SS. 171-223.

Leonhard, Franz, Das Schuldrecht des BGB, 1. Bd. (Allgemeines Schuldrecht des BGB) 1929.

Leonhard, R., Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900.

Lippmann, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung, DogmJ Bd. 43 (1901) SS. 435-562.

Locher, Eugen, Das Recht der Wertpapiere, 1947.

Lücke, Gerhard, Die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts, JZ Bd. 12 (1957) SS. 239-243.

Mentzel, Franz, -Kuhn, Georg, Kommentar zur Konkursordnung, 7. Aufl. 1962.

Mothes, Rudolf, Die Beschlagnahme nach Wesen, Arten und Wirkungen, Leipziger Dissertation, 1903.

Miller, Horst, Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen, JZ Bd. 18 (1963) SS. 437-441.

Miller-Erzbach, Rudolf, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP Bd. 106 (1910) SS. 309-476.

Nikisch, Arthur, Die Aufrechnung im Prozeß, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, 2. Bd. SS. 765-788, 1956.

Oertelt, Geht bei gutgläubigem Erwerb der Hypothek auch die persönliche Forderung auf den Zessionar über?, Recht Bd. 18 (1914) SS. 294-295

Oertmann, Paul, Aufrechnung und Anweisung, Recht Bd. 9 (1905) SS. 33-36.

Oertmann, Paul, Die rechtliche Natur der Aufrechnung, AcP Bd. 113 (1915) SS. 376-428.

Oertmann, Paul, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, DogmJ Bd. 66 (1916) SS. 130-308.

Oertmann, Paul, Kommentar zum Schuldrecht, 5. Aufl. 1. Abt. (§§ 241-432) 1928, 2. Abt. (§§ 433-853) 1929.

Oser, Hugo, Schönenberger, Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5. Bd. 1. Hbd. (Art. 1-183) 2. Aufl. 1929.

Palandt, Otto, Kurzkomentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 25. Aufl. 1966.

Patzelt, Georg, Umgehung von Aufrechnungsverboten durch Forderungspfändung, Tübinger Dissertation, 1950.

Peter, Hans, Actio und Writ, 1957.

Peter, Karl, Die Möglichkeit mehrerer Gründe derselben Rechtsfolge und mehrerer gleicher Rechtsfolgen, AcP Bd. 132 (1930) SS. 1-69.

Pfersche, Emil, Dogmatische Betrachtungen zu BGB. § 1282, DogmJ Bd. 65 (1915) SS. 51-98.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd. (§§ 1-240) 4. Aufl. 1913, 2. Bd. 1. H. (§§ 241-432) 4. Aufl. 1914, 2. Bd. 2. H. (§§ 433-853) 4. Aufl. 1928, 3. Bd. 1. H. (§§ 854-1112) 5. Aufl. 1933, 3. Bd. 2. H. (§§ 1113-1296) 5. Aufl. 1938.

Raiser, Ludwig, Das Rektapapier, ZHR Bd. 101 (1935) SS. 13-64.

Raiser, Ludwig, Dingliche Anwartschaften, 1961.

Ramdohr, Hermann, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelnder menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB, Gruchot Bd. 44 (1900) SS. 115-148, 324-382, 658-696, 801-820.

Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung, 1. Bd. 1894.

Rehfeldt, Bernhard, Wertpapierrecht, 7. Aufl. 1963.

Reichel, Hans, Aufrechnung und Betrug, AcP Bd. 125 (1926) SS. 178-192.

Reichel, Hans, Rückwirkung der Aufrechnung gegen Fremdgeldforderungen, AcP Bd. 126 (1926) SS. 313-332.

Reichsgerichtsrätekomentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl. 1. Bd. 1. Tl. (§§ 1-240) 1959, 1. Bd. 2. Tl. (§§ 241-432) 1960, 2. Bd. 1. Tl. (§§ 433-704) 1959, 3. Bd. 1. Tl. (§§ 854-1011) 1959, 3. Bd. 2. Tl. (§§ 1012-1296) 1963.

Reinicke, G. und D., Zur Aufrechnung mit und gegen Schadensersatzforderungen, NJW Bd. 12 (1959) SS. 361-366.

Rieke, Zum Schutz des Schuldners nach § 409 Abs. 1 BGB, NJW Bd. 12 (1959) SS. 1415-1417.

Riezler, Erwin, Venire contra factum proprium, 1912.

Rosenberg, Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. 1961.

Rimelin, Max, Die richterliche Rechtsfindung, AcP Bd. 122 (1924) SS. 265-293.

Saenger, August, Gemeinschaft und Rechtsteilung, 1913.

Schachian, Herbert, Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, Berliner Dissertation, 1910.

Schefold, Das Einzugsrecht des Forderungspfandgläubigers, AcP Bd. 91 (1900) SS. 269-280.

Schmidt, Rudolf, Der Pfandbesitz, AcP Bd. 134 (1931) SS. 1-80, 129-196.

Schönke, Adolf, -Baur, Fritz, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 7. Aufl. 1963.

Schollmeyer, Friedrich, Kommentar zum Allgemeinen Theil des Rechts der Schuldverhältnisse, 1900.

Schwinge, Erich, Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht, (1930) Neudruck 1963.

Seckel, Emil, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Festschrift für Richard Koch, SS. 205-253, 1903.

Serick, Rolf, Parallelwirkungen im internationalen Privatrecht, RabelsZ Bd. 21 (1956) SS. 207-242.

Serick, Rolf, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, 1. Bd. (Der einfache Eigentumsvorbehalt) 1963.

Seuffert, Lothar, Deutsches Konkursprozeßrecht, 1899.

Siber, Heinrich, Compensation und Aufrechnung, 1899.

Simon, Heinrich Veit, Der Schutz des Drittschuldners bei der Pfändung von Forderungen, JW Bd. 43 (1914) SS. 721-728.

Simonson, Über das Verhältnis des § 404 zum § 406 BGB, Gruchot Bd. 50 (1906) SS. 244-251.

Soergel, Hs.Th.,-Siebert, W., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 1. Bd. (§§ 1-432) 1959, 2. Bd. (§§ 433-853) 1962, 3. Bd. (§§ 854-1926) 1960.

Sohm jr., Zur Aufrechnung des debitor cessus (§ 406 BGB), DJZ Bd. 14 (1909) S. 207.

Staudinger, J. v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd. (§§ 1-240) 11. Aufl. 1957, 2. Bd. 1. Tl. (§§ 241-432) 9. Aufl. 1930, 2. Bd. 1b. Tl. (§ 242) 11. Aufl. 1961, 2. Bd. 2. Tl. (§§ 433-610) 11. Aufl. 1955, 2. Bd. 3. Tl. (§§ 657-822) 10. Aufl. 1937, 3. Bd. 1. Tl. (§§ 854-1017) 11. Aufl. 1956, 3. Bd. 2. Tl. (§§ 1018-1296) 11. Aufl. 1963.

Stein, Friedrich, Der Drittschuldner, Festschrift für Adolf Wach, 1. Bd. SS. 449-491, 1913.

Stoll, Heinrich, Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre, DogmJ Bd. 76 (1926) SS. 134-206.

Stone, Julius, The Province and Function of Law, 3. Aufl. 1961.

Strohal, Emil, Über relative Unwirksamkeit, Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Tl. SS. 747-820, 1911.

Strohal, Emil, Schuldpflicht und Haftung, Leipziger Festschrift für Karl Binding, 1914.

Traumann, Einwirkung der Abtretung der Werkvertragsforderung auf die Aufrechnungsmöglichkeit, Gruchot Bd. 58 (1914) SS. 793-800.

Tuhr, Andreas von, Die neue Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch, DJZ Bd. 6 (1901) SS. 423-427.

Tuhr, Andreas von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1910, 2. Bd. 1. H. 1914, 2. Bd. 2. H. 1918.

Tuhr, Andreas von, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Hbd. 1925.

Ubbelohde, August, Über den Satz: ipso jure compensatur, 1858.

Ulmer, Eugen, Das Recht der Wertpapiere, 1938.

Vinding-Kruse, Fr., Das Eigentumsrecht, 1. Bd. 1931.

Wach, Adolf, Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, ZZP Bd. 29 (1901) SS. 359-393.

Warneyer, Otto, -Buchwald, Martin, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 1930.

Weigelin, Ernst, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld, 1904.

Weimar, Wilhelm, Der Rang der Pfandrechte, MDR Bd. 13 (1959) S. 819.

Weipert, Otto, Reichsgerichtsrätekomentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Bd. (§§ 105-177, 335-342) 2. Aufl. 1950.

Weismann, Jakob, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, ZZP Bd. 26 (1899) SS. 1-42.

Werner, Friedrich, Die Aufrechnungsverbote, Kölner Dissertation, 1955.

Westermann, Harry, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960.

Wieacker, Franz, Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung, DRW Bd. 6 (1941) SS. 49-66.

Wieczorek, Bernhard, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 4. Bd. 1. Tl. (§§ 704-863) 1958.

Windscheid, Bernhard, -Kipp, Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906.

Wolff, Martin, -Raiser, Ludwig, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957.

Wolff, Th., Die Massegläubiger im Konkurse, ZZP Bd. 22 (1896) SS. 207-321.

Wünschmann, Zur Auslegung des § 406 BGR, JW Bd. 42 (1913) SS. 1135-1137.

Wüstendörfer, Hans, Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt, AcP Bd. 110 (1913) SS. 219-380.

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a.A.	= am Anfang
a.a.O.	= an angeführtem Ort
ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Ge- setzbuch
Abs.	= Absatz
Abt.	= Abteilung
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	= am Ende
AktG	= Aktiengesetz
ALR	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
a.M.	= anderer Meinung
Anm.	= Anmerkung
arg.	= argumentum
Art. (Artt.)	= Artikel (Plural)
AT	= Allgemeiner Teil
Aufl.	= Auflage
B.	= Buch
BayZ	= Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BB	= Der Betriebsberater, Zehntage- dienst für Wirtschafts-, Steuer- und Sozialrecht
Bd.	= Band
Betrieb	= Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-Motive	= Amtliche Ausgabe der Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. bis 3. Bd. 1888

BGB-Protokolle	= <u>Achilles-Gebhard-Spahn</u> , Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1. Bd. 1897, 2. Bd. 1898, 3. Bd. 1899, 4. Bd. 1897, 6. und 7. Bd. 1899
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJagdG	= Bundesjagdgesetz
BürgA	= Archiv für Bürgerliches Recht
bzw.	= beziehungsweise
Cod. Iust.	= Codex Iustinianus
d.h.	= das heißt
Dig.	= Digesta Iustiniani
DJZ	= Deutsche Juristen-Zeitung
DogmJ	= <u>Jherings</u> Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DRW	= Deutsche Rechtswissenschaft, Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht
E I BGB	= Erster Entwurf des BGB
E II BGB	= Zweiter Entwurf des BGB
EGBGB	= Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
ff.	= folgende
GmbHG	= Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Gruchot	= <u>Gruchot</u> , Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
Grünhuts Zeitschrift	= Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von C.S. <u>Grünhut</u>

H.	= Hälfte
Hbd.	= Halbband
HGB	= Handelsgesetzbuch
HR	= Handelsrecht
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung
Inst. Iust.	= Institutiones Iustiniani
JuS	= Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht
KGBI	= Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts
KGJ	= Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, herausgegeben von Reinhold <u>Johow</u>
KO	= Konkursordnung
KO-Materialien	= <u>Hahn</u> , C., Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 4. Bd., Materialien zur Konkursordnung, 1881
LF	= Leitfaden
LM	= <u>Lindenmaier-Möhring</u> , Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
OblR-Schweiz	= Schweizerisches Obligationenrecht
OLG	= 1. Oberlandesgericht = 2. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
PatG	= Patentgesetz

pr.	= principium
RabelsZ	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst <u>Rabel</u>
Recht	= Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausge- geben von Dr.Hs.Th. <u>Soergel</u>
RG	= Reichsgericht
RGRK-BGB	= Reichsgerichtsrätekomentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	= Entscheidungen des Reichs-Ober- handelsgerichts
S.	= Seite
SächsBGB	= Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen
SchR	= Schuldrecht
SeuffA	= J.A. <u>Seuffert's</u> Archiv für Ent- scheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
s.o.	= siehe oben
sog.	= sogenannt
SR	= Sachenrecht
SS.	= Seiten
s.u.	= siehe unten
Tl.	= Teil
u.a.	= unter anderem
VerglO	= Vergleichsordnung
vgl.	= vergleiche
Warn Rspr	= <u>Warneyers</u> Jahrbuch der Entschei- dungen, Ergänzungsband enthaltend die Rechtsprechung des Reichsge- richts auf dem Gebiete des Zivil- rechts

WG	= Wechselgesetz
WP	= Wertpapiere
WR	= Wechselrecht
z.B.	= zum Beispiel
ZGB	= Zivilgesetzbuch
ZGB-Brasilien	= Zivilgesetzbuch der Vereinigten Staaten von Brasilien in der deutschen Übersetzung mit Einleitung und Anmerkungen, unter Mitwirkung von <u>Pontes de Miranda</u> und Fritz <u>Gericke</u> , herausgegeben von Karl <u>Heinsheimer</u> , 1928
ZGB-Frankreich	= Französisches Zivilgesetzbuch (Code Civil)
ZGB-Griechenland	= Das Zivilgesetzbuch von Griechenland, übersetzt und eingeleitet von Demetrius <u>Gogos</u> , 1951
ZGB-Italien	= Italienisches Zivilgesetzbuch, eingeleitet von Gerhard <u>Luther</u> , Übersetzung des Gesetzestextes nach Vorarbeiten von Mariano <u>San Nicolò</u> , bearbeitet von H.J. <u>Becher</u> , 1965
ZGB-Polen	= Polnisches Zivilgesetzbuch (Kodeks Cywilny) Warschau 1965
ZGB-Rußland	= Zivilgesetzbuch der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik (Graždanskij Kodeks Rossijskoj Sovjetskoj Federativnoj Socialističeskoj Respubliki) vom 1. Januar 1923
ZGB-Schweiz	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGB-Ungarn	= Zivilgesetzbuch der Ungarischen Volksrepublik in der deutschen Übersetzung mit Anhang von Pál <u>Lamberg</u> und Sándor <u>Karcsay</u> , 1960

ZHR	= Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZPR	= Zivilprozeßrecht
ZVG	= Gesetz über die Zwangsverstei- gerung und die Zwangsverwaltung
ZVR	= Zwangsvollstreckungsrecht
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

Inhaltsverzeichnis

A. EINLEITUNG

§ 1	Begriffsbestimmung	1
	A. Allgemeines	1
	B. Die an der Aufrechnung beteiligten Rechte	1
	I. Gesetzliche Bezeichnungsweise	1
	II. Klagforderung, Hauptforderung - Gegenforderung, Aufrechnungsforderung	2
	III. Aktivforderung, Forderung - Passivforderung, Schuld	3
	IV. Umgekehrte Bezeichnungsweise	4
	V. Eigene Bezeichnungsweise	4
	VI. Verbesserung	5
	C. Die an der Aufrechnung beteiligten Personen	5
§ 2	Fragestellung und Methode	6
	A. Fragestellung	6
	I. Die Gliederung in Teile	6
	II. Die Untergliederung in Abschnitte	6
	III. Die kleineren Abschnitte	7
	IV. Das erste Kapitel von Teil I, Abschnitt 1	7
	V. Die Einteilung des zweiten Kapitels von Teil I, Abschnitt 1	8
	VI. Der Schluß	9
	B. Methode	9
	I. Soziologische Jurisprudenz und juristische Technik im Aufrechnungsrecht	9
	1. Der Vorwurf der Begriffsjurisprudenz	9
	2. Die Verteidigung gegen den Vorwurf	10
	a. Unangemessenheit der soziologischen Methode	10
	b. Vervollkommnung der juristischen Technik	12
	II. Subjektive Interpretationstheorie und bewußte Restriktion	17

B. DIE AUFRECHNUNG NACH ÜBERTRAGUNG ODER
BELASTUNG

I. TEIL: DIE AUFRECHNUNG GEGEN EIN
ÜBERTRAGENES ODER BELASTETES
RECHT

1. ABSCHNITT: DIE AUFRECHNUNG MIT
EINER FORDERUNG GEGEN DEN VOR
DER ÜBERTRAGUNG ODER BELASTUNG
BERECHTIGTEN

a. ERSTES KAPITEL: DIE SICH
AUS DEM WORTLAUT DES GE-
SETZES ERGEBENDE REGE-
LUNG

§ 3	Die Aufrechnung gegen eine abgetretene Forderung	20
A.	Die Umwandlung vom Negativen ins Positive	20
I.	Grundsatz	20
II.	Ergebnis	21
B.	Ungenauigkeiten des Textes	22
I.	Die Rechtsfolge	22
II.	Die Identität des "er"	23
III.	Die Bedeutung des "auch"	23
IV.	Berichtigung	24
C.	Fallgestaltungen	25
I.	Untersuchung	25
1.	E nicht vor K	25
2.	E vor K, G nicht nach K	26
3.	E vor K, G nicht nach H	26
4.	G nach K und nach H	27
II.	Graphische Darstellung	28
D.	Das Verhältnis von § 406 BGB zu § 575 BGB	29
I.	Der Übergang der Mietzinsforderung	29
II.	Die Vorausverfügung	29
1.	Begriff	29
2.	Bedeutung	30
3.	Vorausverfügung durch Begründung eines Aufrechnungsrechtes	31
III.	Das Zusammentreffen von abtretungsrecht- lichem Gutgläubensschutz und Vorausverfügung .	31
IV.	Ergebnis	32
§ 4	Die Aufrechnung gegen eine beschlagnahmte Forderung ..	32
A.	Begriff der Beschlagnahme	33
B.	Die Umwandlung vom Negativen ins Positive	33
I.	Vorbereitung	33
II.	Ergebnis	34
C.	Vergleich von § 392 BGB mit § 406 BGB	34
I.	Gemeinsamkeiten	34
II.	Unterschiede	34
1.	Der Aufrechnungsgegner	34
2.	Die Gleichzeitigkeit	35

§ 5	Die Aufrechnung gegen eine verpfändete Forderung	35
A.	Die entsprechende Anwendung von § 406 BGB	35
I.	Vorbereitung	35
II.	Ergebnis	36
B.	Vergleich von §§ 1275; 406 BGB mit § 392 BGB	37
I.	Allgemeines	37
II.	Die Kenntnisnahme des Drittschuldners von der Verpfändung bzw. Beschlagnahme	37
§ 6	Die Aufrechnung gegen eine mit einem Nießbrauch be- lastete Forderung	38
§ 7	Die Aufrechnung gegen eine mit Konkursbeschlagnahme belegte Forderung	39
A.	Die Ermittlung des Rechtssatzes	39
I.	Rechtsfolge	39
II.	Tatbestand	40
1.	Der Zeitpunkt des Erwerbs der Haupt- forderung	40
2.	Der Zeitpunkt des Erwerbs der Gegen- forderung	40
III.	Ergebnis	41
B.	Die Umwandlung vom Negativen ins Positive	42
C.	Vergleich von §§ 53; 55, 1, 2 KO mit §§ 392; 1275 (406); 1070 I (406) BGB	42
I.	Gemeinsamkeiten	42
1.	Die Ausübbarkeit des Aufrechnungsrechtes ...	42
2.	Die Gleichzeitigkeit	43
II.	Unterschiede	43
1.	Die Fälligkeit der Gegenforderung	43
2.	Der Erwerb der Hauptforderung	43
b. ZWEITES KAPITEL: KRITIK UND KORREKTUR AN DER SICH AUS DEM WORTLAUT DES GE- SETZES ERGEBENDEN REGELUNG aa. KERNPROBLEME aaa. WESEN UND BEGRÜNDUNG DES AUF- RECHNUNGSRECHTES		
§ 8	Dinglichkeit	44
A.	Die Unmittelbarkeit als Kennzeichen der Dinglichkeit	44
B.	Die Art des dinglichen Rechtes	45
I.	Verwertungsrecht	47
1.	Die Begründung der Verwertungsrechts- theorie	47
2.	Die Befürworter der Verwertungsrechts- theorie	48

II. Erwerbsrecht	50
1. Die Begründung der Erwerbsrechtstheorie ...	50
2. Die Befürworter der Erwerbsrechtstheorie ..	52
III. Recht eigener Art	54
C. Der Mitübergang des Aufrechnungsrechtes bei Übertragung des Hauptrechtes	55
§ 9 Gegenseitigkeit	56
A. Die Gegenseitigkeit als Mittel zur Verwirklichung des Bestimmtheitsgrundsatzes	57
I. Der Entstehungstatbestand des Aufrech- nungsrechtes	57
1. Die Unanwendbarkeit anderer Mittel	57
2. Die Entwicklung des Begriffes der Gegen- seitigkeit	58
II. Die Unzulänglichkeit der gesetzlichen Regelung	59
B. Die Gegenseitigkeit bei der Aufrechnung gegen akzessorische Verwertungsrechte	60
I. Gleichzeitige Belastung mit dem Aufrech- nungsrecht	60
II. Widerlegung der Gegenmeinung	61
C. Keine Aufrechnung mit Verwertungsrechten	63
I. Der Begriff des rechtlichen Wertes	63
II. Ergebnis	63
D. Das Fehlen eines berechtigten Interesses an dem Aufrechnungsrecht	64
E. Ergebnis	66
§ 10 Entwicklungsstufen	66
A. Begriff	67
I. Anwartschaft und Vollrecht	67
II. Begründung und Reife	68
B. Die Entwicklungsstufen des Aufrechnungsrechtes	70
I. Die Unterscheidung zwischen Begründung und Reife	70
II. Die gesetzliche Grundlage der Unterscheidung .	71
III. Die Vereinbarkeit der Unterscheidung mit den Aufrechnungstheorien	71
C. Die Entwicklungsstufen der an der Aufrechnung beteiligten Rechte	73
I. Die Bestimmtheit künftiger Anwartschaften	73
II. Das Hauptrecht	74
III. Die Gegenforderung	75
D. Ergebnis	76
§ 11 Gleichartigkeit	77
A. Allgemeines	77
I. Der Begriff der Gleichwertigkeit	77
II. Die Gleichwertigkeit als Zweck der Gleich- artigkeit	78
III. Die Gleichartigkeit als Merkmal des Begrün- dungs- oder Reifungstatbestandes des Auf- rechnungsrechtes	80

B. Die Gleichartigkeit im Lichte der Verwertungsrechtstheorie	81
C. Die Gleichartigkeit im Lichte der Erwerbsrechtstheorie	82
D. Ergebnis	83

bbb. DIE AUSÜBUNG DES AUFRECHNUNGSRECHTES

§ 12	Erstrang	84
	A. Das Zusammentreffen mehrerer Belastungen des Hauptrechtes	84
	I. Der Begriff der Rangfolge	84
	II. Die Rangfolge im Falle eines künftigen Hauptrechtes	85
	III. Der Rang des Aufrechnungsrechtes	87
	B. Die gesetzliche Regelung des Zusammentreffens	88
	I. Die Beschreibung der Gegenseitigkeit	88
	II. Die Behandlung des Gleichrangs	89
	III. Die Ausgliederung der Randprobleme	89
	C. Ergebnis	89
§ 13	Reife	90
	A. Die Fälligkeit der Gegenforderung	90
	B. Die Erfüllbarkeit oder Ablösbarkeit des Hauptrechtes	90
	C. Ergebnis	91
§ 14	Erklärung	92
	A. Die begründung der Rechtsgeschäftlichkeit der Aufrechnung	92
	B. Die Bestimmung des Aufrechnungsgegners nach der Verwertungsrechtstheorie	94
	C. Ergebnis	95
§ 15	Wirkung	96
	A. Unmittelbare Wirkung	96
	I. Die Austauschwirkung	96
	II. Die Rückwirkung	98
	B. Mittelbare Wirkung	100
	I. Die Akzessorietät	100
	II. Die Vereinigung	101
	C. Die Bestimmung des Aufrechnungsgegners nach der Erwerbsrechtstheorie	102
	D. Ergebnis	103

bb. RANDPROBLEME

§ 16	Abtretungsrecht	104
	A. Gutgläubenserwerb	104
	I. Das Aufrechnungsrecht	104
	II. Der Vorrang des Aufrechnungsrechtes	105
	III. Die Gleichzeitigkeit	108
	B. Aufrechnungsgegnerschaft kraft guten Glaubens	109
	C. Rückgriffsmöglichkeiten des Aufrechnungsgefähr-	
	deten und Aufrechnungsgeschädigten	111
	D. Ergebnis	112
§ 17	Sachenrecht	113
	A. Erwerb des Aufrechnungsrechtes oder seines	
	Vorrangs kraft guten Glaubens	113
	I. Die nichtakzessorischen Verwertungsrechte ...	113
	II. Die akzessorischen Verwertungsrechte	114
	1. Hypothek	114
	a. Die Forderung als primäres Hauptrecht .	114
	b. Die Hypothek als primäres Hauptrecht ..	115
	2. Pfandrecht	117
	III. Die Nebenleistungen der Verwertungsrechte ...	118
	B. Verlust des Aufrechnungsrechtes oder seines	
	Vorrangs kraft guten Glaubens	119
	I. Allgemeines	119
	II. Das Hypothekenrecht	120
	1. Rechtslage	120
	2. Gesetz und Schrifttum	121
	3. Ergebnis	122
	C. Aufrechnungsgegnerschaft kraft guten Glaubens	123
	D. Ergebnis	125
§ 18	Wertpapierrecht	126
	A. Die Rektapapiere	126
	B. Die Wertpapiere öffentlichen Glaubens	127
	I. Erwerb des Aufrechnungsrechtes oder seines	
	Vorrangs kraft guten Glaubens	127
	1. Allgemeines	127
	2. Der Rechtsbegriff der Kenntnis	129
	II. Verlust des Aufrechnungsrechtes oder seines	
	Vorrangs kraft guten Glaubens	130
	III. Aufrechnungsgegnerschaft kraft guten	
	Glaubens	132
	C. Ergebnis	133
§ 19	Zwangsvollstreckungsrecht	134
	A. Allgemeines	134
	I. Das Zwangsverwertungsrecht	134
	II. Arrestatorium und Inhibitorium	135

	1. Der Vorrang des Aufrechnungsrechtes	137
	2. Der Nachrang des Aufrechnungsrechtes	139
B.	Die relative Unwirksamkeit des Hauptrechtes	140
	I. Fortbestehen des Aufrechnungsrechtes	140
	II. Widerlegung der Gegenmeinung	142
C.	Ergebnis	144
§ 20	Konkursrecht	145
	A. Allgemeines	145
	I. Das Konkursverwertungsrecht	145
	II. Die relative Unwirksamkeit	147
	B. Die Erleichterung und die Beschränkung der Aufrechnung	149
	I. Rechtfertigung der Bezeichnung	149
	II. Fehlen der Rechtfertigung	150
	C. Die Aufrechnung durch Massegläubiger	151
	D. Die Aufrechnung gegen konkursfreie Rechte	152
	E. Ergebnis	153
§ 21	Die Fälligkeit der Gegenforderung	154
	A. Kritik	154
	I. Die Begründung des Gesetzgebers	154
	II. Im Schrifttum vertretene Begründungen	157
	B. Korrektur	159
	I. Die Notwendigkeit der Restriktion	159
	II. Argumente für die Restriktion	160
	C. Ergebnis	163

2. ABSCHNITT: DIE AUFRECHNUNG MIT EINER FORDERUNG GEGEN DEN INFOLGE DER ÜBER- TRAGUNG ODER BELASTUNG BERECHTIGTEN

§ 22	A. Die Begründung des Aufrechnungsrechtes	164
	B. Der Gutglaubenserwerb des Aufrechnungsrechtes	165
	C. Ergebnis	167

II. TEIL: DIE AUFRECHNUNG MIT EINER ABGE- TRETENEN ODER BELASTETEN FORDERUNG

§ 23	1. Abschnitt: Die Aufrechnung gegen ein Recht gegen den vor der Abtretung oder Belastung Berechtigten ...	168
	A. Allgemeines	168
	I. Die Akzessorietät des Aufrechnungsrechtes ...	168

II. Die Ausübung des Aufrechnungsrechtes	170
III. Die Wirkung der Aufrechnung	171
B. Die Erfüllung durch Dritte	173
C. Die Abtretung des Befreiungsanspruchs	174
D. Ergebnis	175
§ 24 2. Abschnitt: Die Aufrechnung gegen ein Recht gegen den infolge der Abtretung oder Belastung Berechtig- ten	177
C. ERGEBNIS	
§ 25 Korrektur an den bestehenden Vorschriften	179
A. Die Aufrechnung gegen eine abgetretene Forderung mit einer Forderung gegen den bisherigen Gläu- biger	180
B. Die Aufrechnung gegen eine beschlagnahmte Forde- rung mit einer Forderung gegen den Vollstrek- kungsschuldner	180
C. Die Aufrechnung gegen eine verpfändete Forderung mit einer Forderung gegen den Gläubiger	181
D. Die Aufrechnung gegen eine mit einem Nießbrauch belastete Forderung mit einer Forderung gegen den Gläubiger	181
E. Die Aufrechnung gegen eine mit Konkursbeschlagnahme belegte Forderung mit einer Forderung gegen den Gemeinschuldner	181
§ 26 Vorschlag einer Neuregelung des Aufrechnungsrechtes .	182
A. Wesen und Begründung des Aufrechnungsrechtes	183
I. Dinglichkeit und Akzessorietät	183
II. Gegenseitigkeit	183
III. Entwicklungsstufen	183
IV. Gleichartigkeit	184
B. Die Ausübung des Aufrechnungsrechtes	184
I. Erstrang	184
II. Reife	184
III. Erklärung	184
IV. Wirkung	184
C. Gutgläubenserwerb	185
D. Übertragungsgleiche Belastungen	185

A. EINLEITUNG

§ 1 Begriffsbestimmung

Ü b e r s i c h t

A. Allgemeines	1
B. Die an der Aufrechnung beteiligten Rechte	1
I. Gesetzliche Bezeichnungsweise	1
II. Klagforderung, Hauptforderung - Gegenforderung, Aufrechnungsforderung	2
III. Aktivforderung, Forderung - Passivforderung, Schuld	3
IV. Umgekehrte Bezeichnungsweise	4
V. Eigene Bezeichnungsweise	4
VI. Verbesserung	5
C. Die an der Aufrechnung beteiligten Personen	5

A. Allgemeines

Klarheit über die Art und Weise der Bezeichnung der für das Recht der Aufrechnung wesentlichen Begriffe ist eine Grundvoraussetzung für die wissenschaftliche Behandlung eines seiner Probleme: der Aufrechnung nach Übertragung oder Belastung. Aus diesem Grunde ist zunächst einmal zu untersuchen, welche Bezeichnungen sich in Gesetz, Rechtsprechung und Schrifttum eingebürgert haben, sodann, welche von ihnen in dem Nachfolgenden übernommen werden sollen, und schließlich, welche Verbesserungen an der vorliegenden Begriffsbildung angebracht sind.

B. Die an der Aufrechnung beteiligten Rechte

I. Gesetzliche Bezeichnungsweise

Aus § 387 BGB ist zu entnehmen, daß die Aufrechnung das Bestehen zweier Forderungen zur Voraussetzung hat. Die eine von beiden heißt in der Ausdrucksweise des Gesetzes "die Forderung, die aufgerechnet wird", die andere "die Forderung, gegen die aufgerechnet wird". Unserem heutigen Sprachgefühl entspricht es mehr, die Forderung, die aufgerechnet wird, als "die Forderung,

mit der aufgerechnet wird", zu bezeichnen.¹⁾

II. Klagforderung, Hauptforderung - Gegenforderung, Aufrechnungsforderung

Bevor durch das Bürgerliche Gesetzbuch die Aufrechnung endgültig dem materiellen Recht zugeordnet wurde, nannte man die Forderung, gegen die aufgerechnet wird, "Klagforderung".²⁾ Später wurde diese prozessuale Bezeichnung in "Hauptforderung" umgeändert.³⁾ Das Wort "Gegenforderung" ist doppeldeutig. Einmal versteht man darunter die der Hauptforderung entgegengesetzte Forderung,⁴⁾ zum anderen jeweils die Forderung, die derjenigen entgegengesetzt ist, von der gerade vorher die Rede

1) Vgl. etwa RGZ 53, 327 (329, 2); 58, 181 (182 Abs.II); 143, 382 (388); OLG Hamburg JZ 1957, 581 (582, 2 Abs.IV); BGB-Motive 2.Bd. S. 106 Abs.III a.A.; Cosack (6. Aufl.) § 111 I Abs. I; Enneccerus-Lehmann § 70 II Abs. I; Erman-Westermann zu § 406 Anm. 1; Fikentscher § 39 III 4; Heck SchR § 60, 2 Abs.II; Hilker § 5, 1 a Abs.I; Lang § 2 a; Larenz § 27 III a 3; Mentzel-Kuhn zu § 53 Anm. 7; Palandt-Danckelmann zu § 387 Anm. 6; RGRK-BGB-Löschner zu § 406 Anm. 2; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt vor § 387 Anm. 1; Staudinger-Werner vor § 387 Anm. I 1 Abs.I; Weigelin § 6, 2 Abs. I a.A..

2) Das Gemeine Recht behandelte fast ausschließlich die Prozeßaufrechnung, vgl. Feder §§ 24; 25 und Kohler ZJP S. 24. Übrigens verweist das Common Law die Aufrechnung ebenfalls in das Prozeßrecht, vgl. Clark, Common Law Pleading, § 46 und Kegel § 3 IV 1, insbesondere S. 45 Abs.II. In prozessuaalem Zusammenhang spricht man natürlich heute noch von "Klagforderung", vgl. Enneccerus-Lehmann § 69 Anm. 9 und RGRK-BGB-Löschner vor § 387 Anm. 9 Abs.I. Denn meist rechnet der Beklagte auf, unter Umständen aber auch der Kläger, vgl. Enneccerus-Lehmann § 69 III Abs.I. Letzteres ist bei der Vollstreckungsgegenklage der Fall (vgl. OLG Hamburg JZ 1957, 581), ferner bei der Feststellungsklage des Aufrechnenden (vgl. RGZ 167, 60 (61); RG Seuffa 69 Nr. 234).

3) Vgl. insbesondere Kohler ZJP S. 20 a.A.; ferner BGHZ 19, 153 (157 a.A.); Börner Text zu Anm. 1; Enneccerus-Lehmann § 70 II Abs.I; Fikentscher § 39 III 4; Haudek II 1 a und 3 sowie III Abs.IV; Lippmann S. 497 Abs.I; Palandt-Danckelmann zu § 387 Anm. 7; Staudinger-Werner vor § 387 Anm. I 1 Abs.I.

4) So BGHZ 19, 153 (157 a.A.); Börner Text zu Anm. 1; Enneccerus-Lehmann § 70 I 4; Haudek II 1 a und 3 sowie III Abs.IV; Kohler ZJP § 6 a.A.; Larenz § 30 IV 1 bis 4; Lippmann S. 497 Abs. I; Palandt-Danckelmann zu § 387 Anm. 6; Staudinger-Werner vor § 387 Anm. I 1 Abs.I.

war.⁵⁾ In letzterer Bedeutung soll das Wort nicht übernommen werden, weil sie Mißverständnisse hervorrufen könnte. Folglich ist als Gegenforderung nur die Forderung, mit der aufgerechnet wird, zu bezeichnen. Diesen Inhalt hat der Begriff der Gegenforderung auch im Gesetz (vgl. §§ 575, 2 BGB; 302 I ZPO). Daneben gebrauchen manche überflüssigerweise den inhaltsgleichen, aber keineswegs klareren Begriff der "Aufrechnungsforderung".⁶⁾

III. Aktivforderung, Forderung - Passivforderung, Schuld

Für Hauptforderung gibt es "Passivforderung", für Gegenforderung "Aktivforderung" als Fremdwort.⁷⁾ Aus der Sicht des Aufrechnungsberechtigten leuchtet diese Bezeichnungsweise ein. Aktivforderung ist die zu den Aktiva, Passivforderung die zu den Passiva des Aufrechnungsberechtigten gehörige Forderung. Aktivforderung ist eine ihm zustehende Forderung, Passivforderung eine ihm obliegende Schuld. Vereinzelt wird deshalb auch die Gegenforderung schlicht "Forderung" und die Hauptforderung "Schuld" genannt.⁸⁾

5) So Cosack (7.Aufl.) § 176 I 6 Abs.I im Widerspruch zu der in § 170 I Abs.I gegebenen Begriffsbestimmung (s.u. Anm. 9); Kreß § 21 Anm. 33 und S. 552; Oertmann zu § 406 Anm. 1; RGRK-BGB-Löscher vor § 387 Anm. 1 Abs.II.

6) Vgl. insbesondere Kohler ZZP S. 29 a.A.; ferner Ennecerus-Lehmann § 70 II Abs.I; Fikentscher § 39 III 4 und Staudinger-Werner vor § 387 Anm. I 1 Abs.I.

7) Vgl. BGH NJW 1955, 339 letzter Absatz; Cosack (6.Aufl.) § 111 I Abs.I; Erman-Westermann vor § 387 Anm. 1 Abs.II; Feder § 36 Abs.II; Lang § 2 a und b; Larenz § 27 III a 3 und 4; Leonhard BürgA § 1 Abs.I; Mentzel-Kuhn zu § 53 Anm. 7 und 8; Planck-Siber vor § 387 Anm. 2 a.A.; Staudinger-Werner vor § 387 Anm. I 1 Abs.I.

8) So Weigelin §§ 6 und 7, wohl im Anschluß an § 301 ALR I 16: "Sobald die Forderung, durch welche die Compensation gesetzmäßig begründet wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, so weit die Compensation reicht, für erloschen geachtet."

IV. Umgekehrte Bezeichnungsweise

Es kommt vor, daß die Begriffspaare "Hauptforderung - Gegenforderung" bzw. "Aktivforderung - Passivforderung" in einem völlig umgekehrten Sinne gebraucht werden. Das ist einmal in dem Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Cosack der Fall. Bis zur sechsten Auflage verwendet Cosack die Begriffe "Aktivforderung" und "Passivforderung" in der zu oben III angeführten Bedeutung. Erst in der siebenten Auflage weicht er von seiner ursprünglichen Terminologie ab und setzt irrtümlich - d. h. abweichend von der herrschenden Meinung, der er sich doch offenbar anschließen wollte, - Aktivforderung gleich Hauptforderung und Passivforderung gleich Gegenforderung.⁹⁾ Hierbei mag die Vorstellung mitgewirkt haben, daß einerseits die "Aktiv"-forderung die "Haupt"-forderung sei und daß andererseits die Forderung, "gegen" die aufgerechnet wird, die Bezeichnung "Gegen"-forderung verdiene. - Zum anderen heißt in den Motiven zur Konkursordnung "Aktivforderung" die Forderung, gegen die aufgerechnet wird, und "Passivforderung" die Forderung, mit der aufgerechnet wird.¹⁰⁾ Dies wird durch die konkursrechtliche Betrachtungsweise zu erklären sein, die es nahelegt, die zur "Aktiv"-masse gehörige Hauptforderung als "Aktiv"-forderung zu bezeichnen und entsprechend bei der Passivforderung zu verfahren.

V. Eigene Bezeichnungsweise

In dem Nachfolgenden wird als mit unserem heutigen Sprachgefühl besser in Einklang stehend anstatt von der "Forderung, die aufgerechnet wird", von der "Forderung, mit der aufgerechnet wird", die Rede sein. Ferner wird den Bezeichnungen "Hauptforderung" und "Gegenforderung" der Vorzug vor den Bezeichnungen "Aktivforderung" und "Passivforderung" sowie "Forderung" und "Schuld" gegeben, vor ersteren, weil unnötige Fremdwörter grund-

9) So § 170 I Abs.I.

10) Vgl. KO-Materialien, insbesondere S. 217 Abs.III.

sätzlich zu vermeiden sind, vor letzteren, weil sie als weniger ausdrucksvoll erscheinen.

VI. Verbesserung

Wenn § 387 BGB besagt, daß die Aufrechnung das Bestehen zweier Forderungen voraussetze, so trifft er damit zwar viele, aber nicht alle Fälle. Nicht erfaßt wird insbesondere die Aufrechnung gegen eine Grundsuld. Die einzige Forderung ist hier die Gegenforderung. Das Recht, gegen das aufgerechnet wird, ist nicht eine Forderung, sondern ein dingliches Verwertungsrecht. Der Begriff der Hauptforderung ist folglich zu eng: Es muß der weitere Begriff eines "Hauptrechtes" geschaffen werden, um die aufrechnungsrechtlichen Rechtsfragen in allgemeingültiger Weise untersuchen zu können. Bei denjenigen dinglichen Verwertungsrechten, die sich von der Grundsuld durch die Akzessorietät unterscheiden, wird zwar auch gegen das Verwertungsrecht als Hauptrecht aufgerechnet. Diese Tatsache wird jedoch durch das Vorhandensein der durch das akzessorische Verwertungsrecht gesicherten Forderung verdunkelt (s.u. § 9 B II). Das Recht, mit dem aufgerechnet wird, muß stets eine Forderung sein (s.u. § 9 C).

C. Die an der Aufrechnung beteiligten Personen

Der Träger des Hauptrechtes wird in dem Nachfolgenden als "Hauptberechtigter" bezeichnet. Ist das Hauptrecht eine Forderung, so heißt der Rechtsträger "Hauptgläubiger". Der Inhaber der Gegenforderung soll "Gegengläubiger" genannt werden.¹¹⁾ Der Träger des Aufrechnungsrechtes ist der "Aufrechnungsberechtigte". Derjenige, dem gegenüber die Aufrechnung zu erklären ist, heißt "Aufrechnungsgegner".

¹¹⁾ Cosack spricht von "Aktiv- und Passivgläubiger" (so 6. Aufl., § 111 I Abs.I) bzw. von "Aufrechnungsgläubiger" und "Gegengläubiger" (so 7. Aufl., § 170 Abs.I).

§ 2 Fragestellung und Methode

Ü b e r s i c h t

A.	Fragestellung	6
I.	Die Gliederung in Teile	6
II.	Die Untergliederung in Abschnitte	6
III.	Die kleineren Abschnitte	7
IV.	Das erste Kapitel von Teil I, Abschnitt 1 ...	7
V.	Die Einteilung des zweiten Kapitels von Teil I, Abschnitt 1	8
VI.	Der Schluß	9
B.	Methode	9
I.	Soziologische Jurisprudenz und juristische Technik im Aufrechnungsrecht	9
	1. Der Vorwurf der Begriffsjurisprudenz	9
	2. Die Verteidigung gegen den Vorwurf	10
	a. Unangemessenheit der soziologischen Methode	10
	b. Vervollkommnung der juristischen Tech- nik	12
II.	Subjektive Interpretationstheorie und be- wußte Restriktion	17

A. Fragestellung

I. Die Gliederung in Teile

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es, diejenigen Rechtssätze herauszuarbeiten, die für die Aufrechnung gelten, wenn vorher eine Übertragung oder Belastung stattgefunden hat. In Betracht kommt nur die Übertragung oder Belastung der an der Aufrechnung beteiligten Rechte: des Hauptrechtes und der Gegenforderung. Damit liegt schon fest, daß die Ausführungen in zwei Teile zu gliedern sind. Der erste Teil behandelt die Aufrechnung gegen ein übertragenes oder belastetes Recht und der zweite Teil die Aufrechnung mit einer abgetretenen oder belasteten Forderung.

II. Die Untergliederung in Abschnitte

In jedem der beiden Teile sind zwei Fragen zu unterscheiden: ob es sich um den Fortbestand eines vor der Übertragung oder Be-

lastung bereits begründeten Aufrechnungsrechtes oder ob es sich um eine durch die Übertragung oder Belastung erst ermöglichte Neubegründung handelt. Demgemäß untergliedern sich beide Teile in je zwei Abschnitte. Im ersten Teil beschäftigt sich der erste Abschnitt mit der Aufrechnung mit einer Forderung gegen den vor der Übertragung oder Belastung Berechtigten und der zweite Abschnitt mit der Aufrechnung mit einer Forderung gegen den infolge der Übertragung oder Belastung Berechtigten. Im zweiten Teil wird zunächst die Aufrechnung gegen ein Recht gegen den vor der Abtretung oder Belastung Berechtigten untersucht, darauf die Aufrechnung gegen ein Recht gegen den infolge der Abtretung oder Belastung Berechtigten.

III. Die kleineren Abschnitte

In den beiden Abschnitten, die sich mit der Neubegründung des Aufrechnungsrechtes befassen, hängt die Beurteilung der Rechtslage von der Lösung eines einzigen Problems ab, nämlich des der Gegenseitigkeit. Hier ist zu prüfen, ob und wann der Inhaber eines Nutzungs- oder eines Verwertungsrechtes an einer Forderung dem Gläubiger, ferner ob und wann der Inhaber eines Nutzungs- oder eines Verwertungsrechtes an einem Verwertungsrecht dem Verwertungsberechtigten gleichsteht. Auch in dem Abschnitt über die Aufrechnung mit einer abgetretenen oder belasteten Forderung gegen ein Recht gegen den vor der Abtretung oder Belastung Berechtigten geht es lediglich um ein Problem, und zwar um das der Akzessorietät des Aufrechnungsrechtes zu der Gegenforderung. Bei der Untersuchung dieses Problems und des der Gegenseitigkeit kann außerdem auf die Ergebnisse des ersten Abschnitts des ersten Teils zurückgegriffen werden, was eine weitere Verkürzung bedingt.

IV. Das erste Kapitel von Teil I, Abschnitt 1

Der problemreichste — und infolgedessen umfangreichste — Abschnitt ist der über die Aufrechnung gegen ein übertragenes oder belastetes Recht mit einer Forderung gegen den vor der Übertra-

gung oder Belastung Berechtigten. Zwar enthält das Gesetz hierüber eine Reihe von Vorschriften: §§ 392; 406 BGB, die Verweisungen auf § 406 BGB – §§ 1070 I; 1275 BGB – sowie § 53 KO und § 55, 1, 2 KO, der für den Vergleich sinngemäß gilt (§ 54 VerglO). Aber schon das Verständnis des Wortsinnes der angeführten Paragraphen bereitet Schwierigkeiten.¹⁾ Das ist einmal darauf zurückzuführen, daß in diese Bestimmungen mittels ihrer negativen Fassung außer dem materiellen Inhalt noch eine Beweislastregelung hineingedrängt wurde,²⁾ zum anderen darauf, daß die meisten Tatbestände nicht einfach gebaut sind, sondern alternative und kumulative Merkmale enthalten, weiterhin darauf, daß Verweisungen vorkommen, die eine entsprechende Anwendung von § 406 BGB verlangen, und endlich darauf, daß die konkursrechtlichen Vorschriften umständlich gefaßt sind. Deshalb soll sich das erste Kapitel dieses Abschnitts auf das rein Formale beschränken. Es soll eine Wortinterpretation bieten und Vergleiche zwischen den Regelungen der einzelnen einschlägigen Paragraphen ziehen.

V. Die Einteilung des zweiten Kapitels von Teil I, Abschnitt 1

Auf der durch das erste Kapitel geschaffenen Grundlage folgt dann in dem zweiten Kapitel eine Untersuchung darüber, ob und welche Kritik an der sich aus dem bloßen Wortlaut des Gesetzes ergebenden Regelung zu üben ist sowie ob und welche Schlußfolgerungen daraus für eine korrigierende Auslegung oder Anwendung der in Frage stehenden Bestimmungen zu ziehen sind. Hierbei sollen zu aa die Kernprobleme und zu bb die Randprobleme behandelt werden. Unter "Kernproblemen" werden solche

1) So BGHZ 19, 153 (157 b); Blomeyer SchR § 43 V 4 Abs.V; Heck SchR § 67, 5 Abs.I; Koban S. 45 Anm. 2; Larenz § 30 IV Abs.VII; RGRK-BGB-Löscher zu § 406 Anm. 1.

2) Vgl. BGB-Protokolle 1. Bd. S. 391 VIII (= Reatz S. 180 Anm. 7) und 6. Bd. S. 384, 8; Enneccerus-Nipperdey § 56 I 3; Palandt-Danckelmann Einleitung vor § 1 Anm. V 1 a und 2 b; Planck-Knoke Einleitung vor § 1 Anm. VI 5; Tuhr AT 1. Bd. S. 35 Anm. 131. A.M. Wach V.

Fragen verstanden, die sich daraus ergeben, daß das Aufrechnungsrecht im objektiven Sinne in seiner gegenwärtigen Gestalt einer ausreichenden Analyse und einer dieser entsprechenden begrifflichen Ausprägung entbehrt. Folglich erweist sich die vorliegende Untersuchung zugleich als ein, wenn auch durch ihr Ziel begrenzter, Beitrag zu den allgemeinen Lehren des Aufrechnungsrechtes. Als "Randprobleme" werden andererseits solche Fragen bezeichnet, die nicht im Aufrechnungsrecht beheimatet sind, sondern zumeist (nicht immer : s.u. § 21 C) aus anderen Rechtsgebieten in dieses hineinragen.

VI. Schluß

Am Ende der Arbeit erfolgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse. Einmal wird dargestellt, welche Korrekturen an den bestehenden Vorschriften angebracht sind, zum anderen wird der Vorschlag einer Neuregelung der hier bedeutsamen Bestimmungen des Aufrechnungsrechtes unterbreitet.

B. Methode

I. Soziologische Jurisprudenz und juristische Technik im Aufrechnungsrecht

1. Der Vorwurf der Begriffsjurisprudenz

Nach Begründung der Soziologie durch Auguste Comte (1789-1857), Herbert Spencer (1820-1903), Lorenz von Stein (1815-1890), Lester F. Ward (1841-1913) und andere setzte sich gegen Ende des neunzehnten Jahrhunderts in der Jurisprudenz immer mehr die Erkenntnis durch, daß das Recht eine gesellschaftliche Erscheinung ist und daß juristische Probleme in ihrem soziologischen Zusammenhang gesehen und gelöst werden müssen.³⁾ Diese neue soziologische Jurisprudenz, die sich keineswegs auf Deutsch-

3) Vgl. Stone Kapitel XVII §§ 6 bis 8.

land beschränkt, stellte sich damit in Gegensatz zu der pandektistischen Begriffsjurisprudenz, der mit ihr verwandten analytischen Jurisprudenz John Austins und der begriffsjuristischen Auslegung des Code Civil durch die französische Rechtsprechung.⁴⁾ Die soziologische Jurisprudenz ist eine Strömung, die verschiedenartige Autoren und Schulen in sich vereint: In Deutschland wurde sie durch Rudolf von Jhering begründet, später von den Freirechtlern Eugen Ehrlich, Ernst Fuchs und Hermann Kantorowicz sowie von den Anhängern der Interessenjurisprudenz Philipp Heck, Rudolf Müller-Erbach und Max Rümelin fortgesetzt.⁵⁾ Für Frankreich sind insbesondere Léon Duguit, François Geny und Maurice Hauriou zu nennen.⁶⁾ Auch in dem anglo-amerikanischen Rechtskreis ist die soziologische Jurisprudenz vertreten, und zwar vor allem mit Sir A.V. Dicey, Lord Wright und den amerikanischen Realisten Benjamin N. Cardozo, Oliver Wendell Holmes Jr., Karl N. Llewellyn und Roscoe Pound.⁷⁾ Obwohl die vorliegende Untersuchung auf dem Boden der soziologischen Jurisprudenz steht, vermag sie kaum mit soziologischen Argumenten zu arbeiten. Sie hat sich daher gegen den Vorwurf der Begriffsjurisprudenz zu verteidigen.

2. Die Verteidigung gegen den Vorwurf

a. Unangemessenheit der soziologischen Methode

Die Verteidigung gegen den Vorwurf der Begriffsjurisprudenz darf dann als erfolgreich angesehen werden, wenn es gelingt,

4) Vgl. Stone Kapitel VII §§ 8 bis 10 (zur Pandektistik), Kapitel II §§ 1 bis 17 sowie Kapitel VII §§ 12 bis 25 (zu John Austin) und Kapitel VII §§ 1 bis 6 (zum Code Civil).

5) Vgl. Stone Kapitel XI §§ 1 bis 9 (zu Rudolf von Jhering) und Kapitel VII § 11 (zur Freirechtslehre und Interessenjurisprudenz).

6) Vgl. Stone Kapitel XIV §§ 1 bis 7, Kapitel XIX § 11 und Kapitel XXIV § 6 (zu Léon Duguit), Kapitel VII § 7 (zu François Geny) sowie Kapitel XVII § 8 Abs.V und Kapitel XXV § 10 (zu Maurice Hauriou).

7) Vgl. Stone Kapitel X § 22 und Kapitel XXV §§ 12 und 13 (zu Sir A. V. Dicey) sowie Kapitel VII §§ 26 bis 32, Kapitel XVII §§ 9 bis 16 und Kapitel XX § 9 (zu Lord Wright und den amerikanischen Realisten).

nachzuweisen, daß und warum es unmöglich ist, aufrechnungsrechtliche Probleme in soziologischem Zusammenhang zu sehen und zu lösen. Diese für das Aufrechnungsrecht so bedeutsame methodische Frage taucht bei vielen anderen Rechtsgebieten überhaupt nicht auf. So ist es zum Beispiel selbstverständlich, daß das katholische Eherecht von dem islamischen abweicht oder daß eine kapitalistische Gesellschaftsordnung ein anderes Verfassungs-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht hervorbringt als eine kommunistische. Die von vorneherein einleuchtende soziale Signifikanz dieser Rechtsgebiete kann dazu führen, eine Abhängigkeit aller Rechtsgebiete von der jeweiligen Sozialstruktur vorauszusetzen. Daß diese Voraussetzung nicht zutrifft, zeigt das Aufrechnungsrecht. Man kann zwar sagen, daß die Aufrechnung ein sozial erwünschtes Institut ist.⁸⁾ Aber diese Aussage gilt für alle Länder und Zeiten. Ein katholisches oder islamisches, kapitalistisches oder kommunistisches, bzw. ein sich nach anderen Unterschieden in der Sozialstruktur differenzierendes Aufrechnungsrecht ist schlechterdings nicht denkbar.⁹⁾ Die einzige Stelle des Aufrechnungsrechtes, an der gewisse soziale Gedanken zum Durchbruch kommen, bilden die Aufrechnungsverbote (vgl. §§ 393-395 BGB). Dennoch lassen diese den eigentlichen Kern der aufrechnungsrechtlichen Vorschriften

8) Im Aufrechnungsrecht stehen folgende Interessen auf dem Spiel: Einmal nach der Verwertungsrechtstheorie das Sicherungsinteresse hinsichtlich der Gegenforderung, zum anderen nach der Erwerbsrechtstheorie das Erwerbsinteresse hinsichtlich des Hauptrechtes (s.u. § 9 D).

9) Schulden zum Beispiel zwei Russen einander hundert Rubel, zwei Amerikaner einander hundert Dollar oder schuldeten zwei Römer einander hundert Denare, so ist in allen drei Fällen ohne Rücksicht auf die jeweilige Sozialstruktur eine Aufrechnung gleichermaßen erwünscht. In allen drei Fällen besteht das eigentliche Problem darin, eine möglichst sachgerechte Ausgestaltung der technischen Einzelheiten des Aufrechnungsrechtes zu finden. Die Aufrechnung ist selbstverständlich auch ein volkswirtschaftliches Phänomen. Aber sie ist wirtschaftstheoretisch kein Problem und wirtschaftspolitisch offenbar quantitativ unbedeutend und daher als "quantité négligeable" nicht aktuell.

unberührt.¹⁰⁾ Außerdem zeigt die rechtsvergleichende Betrachtung eine verhältnismäßig große inhaltliche Übereinstimmung der Aufrechnungsverbote verschiedener Länder.¹¹⁾ Das Aufrechnungsrecht ist also nur in geringem Maße sozial signifikant. Dem entspricht die Unangemessenheit der soziologischen Methode bei der Lösung aufrechnungsrechtlicher Probleme.

b. Vervollkommnung der juristischen Technik

Die geringe soziale Signifikanz des Aufrechnungsrechtes wird durch die Rechtsvergleichung bestätigt. Einerseits haben Länder mit sehr ähnlicher Sozialstruktur so verschiedenartige Aufrechnungsrechte, wie sie überhaupt nur denkbar sind. Als Beispiele seien England mit seiner Prozeßaufrechnung (*compensatio iudicialis*), Frankreich mit seiner Selbstaufrechnung (*compensatio lega-*

10) Als Kernprobleme des Aufrechnungsrechtes, die mit der Frage der Aufrechnungsverbote nichts zu tun haben, werden im Nachfolgenden die Dinglichkeit des Aufrechnungsrechtes (§ 8), die Gegenseitigkeit (§ 9), die Entwicklungsstufen (§ 10), die Gleichartigkeit (§ 11), der Erstrang (§ 12), die Reife (§ 13), die Erklärung (§ 14) und die Wirkung der Aufrechnung (§ 15) behandelt. - Siehe auch unten § 9 E.

11) Vgl. Art. 505 des neuen polnischen Kodeks Cywilny: "Durch Aufrechnung können nicht getilgt werden: 1) Forderungen, die nicht der Pfändung unterliegen; 2) Forderungen zur Beschaffung der Mittel des Unterhalts; 3) Forderungen, die aus unerlaubten Handlungen entstehen; 4) Forderungen, für welche die Aufrechnung durch besondere Vorschriften ausgeschlossen ist" (eigene Übersetzung). Ähnlich § 297 Abs. I und III ZGB-Ungarn: "Gegen Forderungen, die der Pfändung nicht unterworfen sind, können nur Forderungen aufgerechnet werden, die auf demselben Rechtsgrund beruhen" (so Abs. III). Zu letzterem vgl. RGZ 85, 108 (117); BGHZ 30, 36 (38); Krönig und Horst Müller. Für das Sowjetische Zivilrecht vgl. Genkin-Bratus-Lunz-Nowizki Kapitel XXV § 2 S. 547 Ziffer 4: "Die Aufrechnung kann nicht gegen eine Forderung auf Zahlung von Unterhalt erfolgen, da auf diese Weise die Unterhaltsverbindlichkeit getilgt würde, ohne daß ihr Zweck (die Gewährung des Unterhalts) erreicht werden würde." Ebenso für das finnische Recht Hakulinen § 10 V 4. Vgl. ferner Haudek II 5.

lis) und Deutschland mit seiner Erklärungsaufrechnung (compensatio necessaria) genannt.¹²⁾ Andererseits haben Länder mit sehr verschiedenartiger Sozialstruktur nahezu gleiche Aufrechnungsrechte. Sowohl Deutschland, Finnland, Griechenland und die Schweiz als auch Polen, Rußland und Ungarn sind Anhänger der Erklärungsaufrechnung.¹³⁾ Die Unterschiede erklären sich daraus, daß die einzelnen Rechte auf verschiedenen technischen Entwicklungsstufen stehen. Das Aufrechnungsrecht hat sich nämlich in

12) Vgl. Haudek I Abs.III sowie III Abs.VII und Kegel § 3 (zum "set-off", "counterclaim" und "recoupment" des anglo-amerikanischen Rechts), Haudek III Abs.I und Kegel § 2 (zum französischen Recht) und Haudek III Abs.III und Kegel § 1 (zum deutschen Recht). Vgl. ferner Haudek II 4 Abs.I und III Abs.IV (zur "compensation judiciaire" und "compensation facultative" des französischen Rechts, siehe auch unten Anm. 19 a.E.). Zur Behandlung der Aufrechnung im Prozeßrecht des Common Law vgl. Clark, Common Law Pleading, § 46. - Art. 129o Code Civil lautet wie folgt: "La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives." - Siehe auch unten § 13 Anm. 1 a.E..

13) Vgl. § 388 BGB; Hakulinen § 1o V 1 (zum finnischen Recht, das die Aufrechnung "kuittaus", schwedisch "kvittning", nennt); Art. 441 ZGB-Griechenland; Art. 124 OblR-Schweiz (übrigens wird in der Schweiz die Aufrechnung "Verrechnung" genannt). - Für den Ostblock vgl. vor allem Art. 499 Satz 1 des neuen polnischen Kodeks Cywilny: "Die Aufrechnung (Potrącenie) erfolgt durch eine der anderen Seite gegenüber abgegebene Erklärung" (eigene Übersetzung). Vgl. ferner das ebenfalls neue Zivilgesetzbuch der Ungarischen Volksrepublik, das bewußt sozialistisch gestaltet ist, wie der Auszug aus den Motiven und die Rede des Justizministers Dr. Ferenc Nezvál im Anhang zum ZGB-Ungarn zeigt. Gleichwohl lautet § 296 Abs.I ZGB-Ungarn wie folgt: "Der Verpflichtete kann seine gleichartige und fällige Forderung gegen den Berechtigten - soweit eine Rechtsnorm keine Ausnahme macht - durch eine an den Berechtigten gerichtete oder im gerichtlichen Verfahren abgegebene Erklärung gegen seine Schuld aufrechnen." Das Zivilgesetzbuch der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik behandelt die Aufrechnung ("satschót") nur sehr kurz. Der Anfang von Art. 129 ZGB-Rußland lautet: "Das Schuldverhältnis erlischt vollständig oder teilweise: a) durch seine Erfüllung, b) durch Aufrechnung mit einer gleichartigen und fälligen Gegenforderung, ..." (eigene Übersetzung). Hierzu bemerken Genkin-Bratus-Lunz-Nowizki Kapitel XXV § 2 S. 546 Ziffer 2 Abs. I: "... Die Aufrechnung erfolgt nicht automatisch. Das Vorliegen der Voraussetzungen, die Art. 129 GK verlangt, ist die erforderliche Vorbedingung für die Vornahme des Rechtsgeschäfts, das Aufrechnung heißt. Dieses Rechtsgeschäft kann ein Aufrechnungsvertrag der beiden Beteiligten sein, es genügt aber auch die einseitige Willenserklärung eines der Beteiligten."

drei Stadien entwickelt. Unterste Entwicklungsstufe ist die Prozeßaufrechnung. Sie entspricht einem Rechtsdenken, das noch nicht klar zwischen materiellem und prozessualem Recht unterscheidet.¹⁴⁾ Danach erscheint es ganz natürlich, die Aufrechnung, die meist als Einwendung des Beklagten zutage tritt, in das Prozeßrecht zu verweisen.¹⁵⁾ Nächste Entwicklungsstufe ist die Selbstaufrechnung. Ihre Grundlage ist der in dem Corpus Iuris enthaltene Satz "ipso iure compensatur", der von dem Glossator Martinus im Sinne einer compensatio legalis ausgelegt wurde.¹⁶⁾ Diese Auslegung hielt sich bis zur Entstehung des Code Civil und fand durch ihn Eingang in zahlreiche romanische

14) Das ist der Fall bei dem aktionenrechtlichen Denken der Römer und dem writ-orientierten Denken der Engländer, vgl. Hans Peter, Actio und Writ. Aus diesem Grund wäre im Römischen Recht wie im Common Law eine Prozeßaufrechnung zu erwarten. Was auch immer der Standpunkt des Römischen Rechts gewesen sein mag, so steht fest, daß es die Geschichte des Aufrechnungsrechtes mit dem Satz "ipso iure compensatur" zutiefst beeinflusst hat (s.u. Anm. 16 bis 18). Im Gemeinen Recht war die prozessuale Betrachtungsweise vorherrschend, vgl. Feder §§ 24; 25 und Kohler ZJP S. 24. Für das geltende Recht ist die Prozeßaufrechnung entgegen Nikisch VI 2 mit Baumgärtel § 20 II 4 abzulehnen. — Im Gegensatz zu der oben im Text vertretenen Meinung hält Braga I 3 Abs.II ein Nebeneinanderbestehen aller drei Aufrechnungsarten im Rahmen einer Rechtsordnung (z.B. der deutschen) für möglich (s.u. Anm. 29).

15) Es ist jedoch auch denkbar, daß der Kläger aufrechnet (s.o. § 1 Anm. 2). — Übrigens sind auch im anglo-amerikanischen Recht Ansätze zu einer materiellrechtlichen Beurteilung der Aufrechnung vorhanden, vgl. Corbin, der in seinem Lehrbuch über Schuldvertragsrecht (on Contracts § 896) die unserem § 406 BGB entsprechende Problematik bringt; ferner Haudek III Abs.VI und Kegel § 3 IV 1, insbesondere S. 46 Abs.I.

16) Vgl. Feder § 5 Abs.II. — Tyndarus und Pothier sind spätere Vertreter der Interpretation von Martinus (vgl. Feder a.a.O.; Kegel § 2 I Abs.II; und Kohler ZJP § 10 Abs.VIII). Auch das Allgemeine Landrecht stand ursprünglich auf dieser Entwicklungsstufe, wurde dann aber später von der Rechtsprechung im Sinne einer Erklärungsaufrechnung weitergebildet (vgl. §§ 300 und 301 ALR I 16 (s.o. § 1 Anm. 8); RGZ 7, 243 (245 und 246); 11, 114 (119 und 120); Feder § 5 Abs.IV; und Koch-Vierhaus zu § 300 ALR I 16 Anm. 1 Abs.I). Ähnlich ist der heutige Stand des österreichischen Aufrechnungsrechtes (vgl. Haudek III Abs.V). — Siehe auch unten § 15 Anm. 4.

Rechte.¹⁷⁾ Die höchste Entwicklungsstufe, die schon von den Kommentatoren Baldus und Bartolus erreicht wurde, ist die Erklärungsaufrechnung.¹⁸⁾ Sie ist der Selbstaufrechnung insofern technisch überlegen, als diese die Entscheidungsfreiheit

17) Vgl. zum Beispiel Art. 1241 des italienischen Codice Civile: "Estinzione per compensazione. - Quando due persone sono obbligate l'una verso l'altra, i due debiti si estinguono per le quantità corrispondenti, secondo le norme degli articoli che seguono." Der Codice Civile fährt fort: "Effetti della compensazione. - La compensazione estingue i due debiti dal giorno della loro coesistenza. Il giudice non può rilevarla d'ufficio." (so Art. 1242 Abs.I). - Als weiteres Beispiel sei Art. 1009 des brasilianischen Código Civil angeführt: "Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem."

18) Vgl. Baldus ad l. 4 D. de comp. (zitiert nach Kohler ZZP § 2 Anm. 1): "Ad extinguendum debitum ipso jure non est necesse quod compensatio objiciatur in iudicio, sed videtur sufficere, quod quis extra iudicium dicat: Ego compenso tecum illud, quod debes mihi, cum illo quod a me petis; et per hoc videtur tolli obligatio ipso jure; et hoc videtur velle ista lex et aliae leges, quae dicunt, compensationem fieri ipso jure, quasi velint dicere istae leges, quod iudicis ministerium non requiritur." Ähnlich Bartolus, Commentarii in Secundam Digesti veteris partem, Lugduni 1550, fol. 150 (zitiert nach Feder § 25 Abs.II): "Requiritur ergo voluntas debitoris compensantis, et ex hoc dico vobis, quod non est necesse ad extinguendum debitum ipso iure, quod compensatio opponatur in iudicio, sed ubicunque notifico tibi, quod volo debitum cum creditore compensare, ipso iure tollitur obligatio." - In späteren Zeiten begegnet die Erklärungsaufrechnung in Entscheidungen von Mevius und Stryk (vgl. Feder § 25 Abs.V und VI) sowie in der deutschen Rechtsprechung und Gesetzgebung des neunzehnten Jahrhunderts: Vgl. RGZ 7, 243 (245 und 246); 11, 114 (119 und 120: "Der Richter vollzieht nicht die Kompensation, sondern er stellt die eingetretene und zu Unrecht geleugnete fest."); ferner Feder § 25 Abs.VI bis VIII.

des Aufrechnungsberechtigten unnötig einengt.¹⁹⁾ Die Geschichte des Aufrechnungsrechtes ist also eine sich unabhängig von der jeweiligen Sozialstruktur vollziehende Vervollkommnung der juristischen Technik.²⁰⁾

19) Alle den Aufrechnungsberechtigten einengenden Erfordernisse der nichtvertraglichen Aufrechnung dienen der Wahrung der Interessen des Hauptberechtigten: Bei der Vertragsaufrechnung ("compensatio voluntaria") kann er selbst seine Interessen wahrnehmen, so daß die Beschränkungen entfallen (vgl. Art. 1252 ZGB-Italien; Börner B I 2; und Haudek III Abs. IX). Bei der nichtvertraglichen Aufrechnung dagegen ist zunächst einmal Gegenseitigkeit als Mittel zur Verwirklichung des Bestimmtheitsgrundsatzes notwendig (s.u. § 9 A), dem sonst die aufrechnungsvertragliche Einigung Rechnung zu tragen hat. Sodann sichern die Gleichartigkeit sowie die Fälligkeit und Einredefreiheit der Gegenforderung dem Hauptberechtigten eine gleichwertige Gegenleistung (s.u. §§ 11 A und 13 A). Die Erfüllbarkeit und Ablösbarkeit des Hauptrechtes schließlich schützen den Hauptberechtigten vor einer verfrühten Vornahme der in der Aufrechnung liegenden Austauschhandlung (s.u. § 13 B). Darüber hinaus gibt es keinen Grund, die Entscheidungsfreiheit des Aufrechnungsberechtigten einzuengen. Er muß es in der Hand haben, ob er aufrechnen will oder nicht und ob seine Aufrechnung ex nunc oder ex tunc wirken soll (s.u. § 15 Anm. 4 und 5). So ist man in Frankreich gezwungen, eine restitutio ex maxima necessitate eintreten zu lassen, falls die Einwendung der Aufrechnung ("opposer la compensation") unterbleibt (vgl. Art. 1298 a.E. des französischen Code Civil (s.u. § 25 Anm. 3); Art. 1242 Abs. I Satz 2 des italienischen Codice Civile (s.o. Anm. 17); Haudek III Abs. II und Kegel § 2 I Abs. III). An dieser Stelle setzt die Kritik von Kohler ZZP § 10 Abs. VIII bis X ein, der es für besser hält, die Aufrechnungswirkung mit der Ausübung des Aufrechnungsrechtes eintreten zu lassen, als die bereits eingetretene Aufrechnungswirkung bei Nichtgeltendmachung wieder zu beseitigen. Weiterhin macht Haudek II 3 Abs. II und III Abs. IV darauf aufmerksam, daß die Selbstaufrechnung die Gefahr in sich birgt, zu übersehen, daß bei gegenseitigen Forderungen die Aufrechnung jeder Seite gesondert zu beurteilen ist, woraus die "compensation facultative" verständlich wird.

20) Daraus ergibt sich, daß von einer aufrechnungsrechtlichen Untersuchung nur Fortschritte in dem Bereich der juristischen Technik erwartet werden dürfen und daß eine konstruktiv-begriffliche Methode angebracht ist.

II. Subjektive Interpretationstheorie und bewußte Restriktion

Die Bewußtmachung und Objektivierung der schöpferischen Rolle des Richters ist ein Problem, um dessen Lösung sich namentlich François Geny verdient gemacht hat.²¹⁾ Er vertritt eine subjektive Interpretationstheorie und gewinnt dadurch Raum für seine "libre recherche scientifique".²²⁾ Die vorliegende Untersuchung geht noch einen Schritt weiter, indem sie die sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergebende Regelung (§§ 3 bis 7) der Kritik und Korrektur an dieser Regelung gegenüberstellt (s.u. §§ 8 bis 21). Denn obwohl Auslegung und Rechtsfindung begrifflich scharf zu trennen sind, stößt ihre Unterscheidung im Einzelfall oft auf Schwierigkeiten.²³⁾ Damit bliebe aber die Abgrenzung des Bereichs schöpferischer Tätigkeit unsicher.²⁴⁾ Aus diesem Grund wurde auf die Wortbedeutung als letzten Ausgangspunkt jeder

21) Auf deutscher Seite wäre an Ernst Fuchs und den von ihm geprägten Begriff der "Kryptosozio-logie" zu denken, worunter eine schöpferisch tätige soziologische Jurisprudenz zu verstehen ist, die sich unter einem begriffsjuristischen Deckmantel verbirgt, so daß die Offenlegung und Bewußtmachung sich als Aufgabe stellt (so Juristischer Kulturkampf, insbesondere SS. 37 bis 50 sowie S. 161; übrigens dient ihm gerade eine aufrechnungsrechtliche Entscheidung (RGZ 58, 105: s.u. § 24 Anm. 2 und 3) als Beispiel einer fortschrittlichen soziologischen Jurisprudenz). - Für das anglo-amerikanische Recht sind in diesem Zusammenhang insbesondere Oliver Wendell Holmes Jr. und Lord Wright zu nennen (vgl. Stone Kapitel VII §§ 26 bis 32 sowie Kapitel XX § 9).

22) Vgl. Geny Méthode Nr. 98 und 155 bis 176: "Libre" wegen der schöpferischen Freiheit des Richters in dem durch die subjektive Interpretationstheorie gewonnenen Raum, "recherche scientifique" wegen der Zugrundelegung objektiv erforschbarer sozialwissenschaftlicher Daten (vgl. Stone Kapitel VII §§ 3 und 7). - Siehe auch unten § 21 Anm. 11 und Text dazu.

23) So Enneccerus-Nipperdey § 58 II 2 und § 59 II.

24) Darüber hinaus hat die vorliegende Untersuchung in erster Linie Probleme des Aufrechnungsrechtes und nicht solche des Allgemeinen Teils zum Gegenstand. Es kommt also mehr darauf an, ob und welche Korrekturen notwendig sind, weniger darauf, wie sie eingeordnet werden. Dennoch wurde auch zu der Einordnungsfrage Stellung genommen: Die Korrektur zu unten § 12 B I wurde als Auslegung und die zu unten § 21 B I als Rechtsfindung angesehen. Eine Zusammenfassung der vorgeschlagenen Korrekturen gibt unten § 25.

Korrektur zurückgegriffen.²⁵⁾ Die Verwissenschaftlichung im Sinne einer "libre recherche scientifique" bedeutet zunächst einmal die objektive Erforschung sozialwissenschaftlicher Daten, sodann eine darauf aufbauende verantwortungsbewußte sozialpolitische Stellungnahme und schließlich ihre Verwirklichung mittels einer logisch einwandfreien juristischen Technik.²⁶⁾ Kritik und Korrektur können sowohl in der sozialen Sphäre, nämlich bei der Sozialforschung oder Sozialpolitik, als auch auf dem Gebiet der juristischen Technik ansetzen, das hier allein in Betracht kommt (s.o. I). Ein wesentlicher technischer Fehler des Aufrechnungsrechtes, der im Wege der Restriktion zu beseitigen wäre, ist das zweite Tatbestandsmerkmal von §§ 392 und 406 BGB (s.u. § 21). In der Rechtsprechung half man sich zunächst mit einer fadenscheinigen Auslegung,²⁷⁾ während man später die angeführten Vorschriften unter dem Deck-

25) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 56 I. — Schon das Verständnis des Wortsinnes der für die Aufrechnung nach Übertragung oder Belastung in Frage kommenden Vorschriften bereitet Schwierigkeiten (s.o. Anm. 1 und Text dazu): Der komplizierte Wortlaut war wohl die Ursache dafür, daß Enneccerus-Lehmann und in allerjüngster Zeit Fikentscher der gleiche formale Fehler unterlief, der von RGRK-BGB-Löscher bewußt vermieden wurde (s.u. § 3 Anm. 1 und Text dazu). Der schwierige, wenngleich eindeutige Wortlaut wurde ferner von Simonson dazu benutzt, eine Wortinterpretation zu vertreten, die zwar nachweislich unrichtig ist, aber im Ergebnis auf die zu befürwortende Restriktion von §§ 392 und 406 BGB hinausläuft (s.u. § 21 Anm. 19 und Text dazu). — Dies ließ es in der vorliegenden Untersuchung als angezeigt erscheinen, in §§ 3 bis 7 der Erforschung des Wortsinnes ein besonderes Kapitel zu widmen, um die oft zu beobachtende Verwirrung sachlicher und formaler Argumente von vorneherein zu verhindern.

26) Vgl. Geny Science et Technique, insbesondere Nr. 166 bis 170, 275 bis 287 und 301 bis 304.

27) S.u. § 21 Anm. 19 und Text dazu sowie oben Anm. 25.

mantel der Differenztheorie umging:²⁸⁾ Ein typischer Fall von Kryptosozioologie bzw. Kryptorestriktion! Der Restriktionsvorgang blieb unbewußt oder zumindest versteckt. Seine Offenlegung und Begründung ist ein Anliegen der vorliegenden Untersuchung.²⁹⁾

28) S.u. § 21 Anm. 20 und Text dazu sowie unten Anm.29.

29) Der Begriff der "Kryptosozioologie" (s.o. Anm. 21) bezieht sich auf eine verborgene Kritik und Korrektur, deren Ansatzpunkt in der sozialen Sphäre liegt. Da es sich hier um einen technischen Fehler und seine versteckte Berichtigung im Wege der abändernden Rechtsfindung handelt (s.u. § 21 B I), spricht man wohl besser von "Kryptorestriktion". Sie entzieht sich ihrer schöpferischen Verantwortung ("creative responsibility") und meidet die Notwendigkeit einer Begründung (vgl. Stone Kapitel VII § 28): Berufung auf die Differenztheorie ist keine Begründung! Sie ist nichts anderes als die Wiedereinführung der von dem Bürgerlichen Gesetzbuch überwundenen Legalkompensation durch die Rechtsprechung (vgl. Braga I 2 und 3. - Siehe auch oben Anm. 19 und Text dazu). Da sich die Differenztheorie auf gegenseitige Verträge beschränkt, macht sich das Fehlen der Restriktion in der Praxis dann bemerkbar, wenn kein gegenseitiger Vertrag vorliegt (s.u. § 21 Anm. 21).

B. DIE AUFRECHNUNG NACH ÜBERTRAGUNG ODER BELASTUNG

I. TEIL: DIE AUFRECHNUNG GEGEN EIN ÜBERTRAGENES ODER BELASTETES RECHT

1. ABSCHNITT: DIE AUFRECHNUNG MIT EINER FORDERUNG GEGEN DEN VOR DER ÜBERTRAGUNG ODER BELASTUNG BERECHTIGTEN

a. ERSTES KAPITEL: DIE SICH AUS DEM WORTLAUT DES GESETZES ERGEBENDE REGELUNG

§ 3 Die Aufrechnung gegen eine abgetretene Forderung

Ü b e r s i c h t

A.	Die Umwandlung vom Negativen ins Positive	20
I.	Grundsatz	20
II.	Ergebnis	21
B.	Ungenauigkeiten des Textes	22
I.	Die Rechtsfolge	22
II.	Die Identität des "er"	23
III.	Die Bedeutung des "auch"	23
IV.	Berichtigung	24
C.	Fallgestaltungen	25
I.	Untersuchung	25
1.	E nicht vor K	25
2.	E vor K, G nicht nach K	26
3.	E vor K, G nicht nach H	26
4.	G nach K und nach H	27
II.	Graphische Darstellung	28
D.	Das Verhältnis von § 406 BGB zu § 575 BGB	29
I.	Der Übergang der Mietzinsforderung	29
II.	Die Vorausverfügung	29
1.	Begriff	29
2.	Bedeutung	30
3.	Vorausverfügung durch Begründung eines Aufrechnungsrechtes	31
III.	Das Zusammentreffen von abtretungsrechtlichem Gutgläubensschutz und Vorausverfügung	31
IV.	Ergebnis	32

A. Die Umwandlung vom Negativen ins Positive

I. Grundsatz

Die Aufrechnung gegen eine abgetretene Forderung regelt § 406 BGB. Das Verständnis seines materiellen Wortsinnes wird, wie

schon erwähnt (s.o. § 2 A IV), durch die in der negativen Fassung zum Ausdruck kommende Beweislastregelung erschwert. Folglich gilt es zunächst einmal, diesen Paragraphen von ihr zu befreien, d.h. ihn in eine positive Fassung zu bringen. Bei der Umwandlung der negativen Fassung eines Rechtssatzes in eine positive – und umgekehrt – ist darauf zu achten, daß sich kumulative Tatbestandsmerkmale in alternative und alternative Tatbestandsmerkmale in kumulative verwandeln. Dies ist ein Gebot der Logik. Es bedeutet, daß sich bei der Umwandlung ins Positive – bzw. ins Negative – im Tatbestand die Konjunktion "und" in "oder" und die Konjunktion "oder" in "und" verwandelt. Zur Illustration sei ein Beispiel aus dem täglichen Leben angeführt. Ein Vater sagt zu seinem Sohn: "Wenn du den Wagen wäschst und den Rasen mähest, bekommst du einen Fußball." Wollte der Vater dasselbe negativ ausdrücken, so müßte er sagen: "Wenn du den Wagen nicht wäschst oder den Rasen nicht mähest, bekommst du keinen Fußball." Hätte dagegen die Versprechung gelautet: "Wenn du den Wagen wäschst oder den Rasen mähest, bekommst du einen Fußball," so hätte die negative Fassung wie folgt lauten müssen: "Wenn du den Wagen nicht wäschst und den Rasen nicht mähest, bekommst du keinen Fußball."

II. Ergebnis

§ 406 BGB lautet somit in positiver Fassung wie folgt:
"Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, wenn er bei dem Erwerbe der Forderung von der Abtretung keine Kenntnis hatte und wenn die Forderung nicht erst nach Erlangung der Kenntnis oder nicht später als die abgetre-

tene Forderung fällig geworden ist."¹⁾

B. Ungenauigkeiten des Textes

I. Die Rechtsfolge

In § 406 BGB wird die Rechtsfolge nicht klar beim Namen genannt. Geht man von dem gegenwärtigen Stand der allgemeinen Lehren des Aufrechnungsrechtes aus, so muß es scheinen, als ob von dem in § 387 BGB aufgestellten Erfordernis der Gegenseitigkeit eine Ausnahme gemacht würde.²⁾ Daß diese Ausnahme nur scheinbar ist, kann erst weiter unten gezeigt werden: Die Gegenseitigkeit ist nur für die Begründung, nicht für die Ausübung, des Aufrechnungsrechtes erheblich (s.u. § 13 C a.E.). Auch § 406 BGB setzt voraus, daß ein Aufrechnungsrecht vor Kenntnisnahme des Schuldners von der Abtretung begründet wurde, und zur Begründung ist auch hier eine wirkliche oder (bei Begründung kraft guten Glaubens) vermeintliche Gegenseitigkeit erforderlich (s.u. §§ 9 A; 16 A I). — Bevor dies aber nachgewiesen ist, soll zunächst mit der herrschenden Lehre daran festgehalten werden, daß die Rechtsfolge von § 406 BGB in einer Ausnahme von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit besteht.

1) Unrichtig Enneccerus-Lehmann § 80 I 4 b und c, wo es heißt: "... und nicht später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist," aber heißen müßte: "... oder nicht später usw.". Ebenfalls unrichtig Fikentscher § 57 III B 3 c: "Der Schuldner kann aber auch eine erst nach der Abtretung gegen den Altgläubiger erworbene Forderung dem Neugläubiger gegenüber aufrechnen, wenn er sie vor erlangter Kenntnis von der Abtretung erworben hat. Aber auch dann muß die aufzurechnende Forderung vor der Kenntniserlangung und" (dieses "und" ist falsch, hier müßte es "oder" heißen) "nicht später als die abgetretene Forderung fällig geworden sein." — Richtig dagegen BGHZ 19, 153 (160 Abs.III); RGRK-BGB-Löschner zu § 406 Anm. 5 Abs.II ("...", oder (nicht und), "..."); Windscheid-Kipp § 332 S. 379 Abs.I.

2) So RGZ 73, 138 (140 a.A.); BGHZ 19, 153 (157 b); BGB-Motive 2. Bd. S. 131 Abs.III a.A.; Börner Text zu Anm. 2; Cosack (6.Aufl.) § 111 I 1 b; Enneccerus-Lehmann § 70 I 3 Abs.IV; Erman-Westermann zu § 387 Anm. 1 Abs.IV und zu § 406 Anm. 1; Hedemann SchR § 26 II b Abs.II; Lang § 5 III c Abs.I; Larenz § 27 III a 1; Palandt-Danckelmann zu § 406 Anm. 1 a a.E.; Planck-Siber zu § 406 Anm. 1 Abs.I; RGRK-BGB-Löschner zu § 406 Anm. 1; Schollmeyer zu § 406 Anm. 1; Siber § 12 I 4 Abs.I; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 406 Anm. 1; Staudinger-Werner zu § 406 Anm. I Abs.I; Weigelin § 8 Text zu Anm. 52.

II. Die Identität des "er"

Das "er" in dem Konditionalsatz bezieht sich nach den Sprachgesetzen auf das letzte männliche Substantiv in dem vorangehenden Hauptsatz, folglich auf den "neuen Gläubiger". Aus dem Zusammenhang ergibt sich jedoch zweifelsfrei, daß der Schuldner gemeint ist. Genauer drückt sich in dieser Hinsicht § 392 BGB aus, der in dem Konditionalsatz das Wort "Schuldner" wiederholt. In dem ebenfalls sehr ähnlichen § 575, 2 BGB wird anstelle des "er" ausdrücklich von dem "Mieter" gesprochen. Da diese Vorschrift von der Aufrechnung gegen eine kraft Gesetzes übergegangene Mietzinsforderung mit einer Forderung gegen den bisherigen Gläubiger handelt, ist der "Mieter" in § 575, 2 BGB mit dem "Schuldner" in § 406 BGB identisch. Unter dem "er" ist also der Schuldner der abgetretenen Forderung zu verstehen.³⁾

III. Die Bedeutung des "auch"

Das Wörtchen "auch" ist mehrdeutig, je nachdem, welche Ergänzung man vor ihm einfügt. Erstens ist die Einfügung des folgenden Nebensatzes denkbar: "... so, wie der Schuldner seine Forderung nach der Abtretung dem bisherigen Gläubiger gegenüber aufrechnen kann, ...". In diesem Falle wäre neben dem neuen Gläubiger der bisherige Gläubiger alternativer Aufrechnungsgegner.⁴⁾ Eine Stellungnahme zu dieser Möglichkeit ist aufgrund des Gesetzeswortlautes nicht möglich und muß somit dem zweiten Kapitel vorbehalten bleiben (s.u. § 14 C). Danach steht zunächst nur

3) Vgl. BGHZ 19, 153 (158 c); Enneccerus-Lehmann § 80 I 4 Abs.I; Erman-Westermann zu § 406 Anm. 2 Abs.II; Lang § 5 III c Abs.III a.A.; Larenz § 30 IV Abs.VI; Planck-Siber zu § 406 Anm. 1 a a.E. und 1 b a.A.; RGRK-BGB-Löschner zu § 406 Anm. 4 Abs. II; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 406 Anm. 2; Staudinger-Werner zu § 406 Anm. II 1 a.A.; Warneyer-Buchwald zu § 406 Anm. III.

4) So Siber § 12 I 4 Abs.I.

fest, daß wenigstens der neue Gläubiger Aufrechnungsgegner ist.⁵⁾ - Zweitens ist folgende Ergänzung denkbar: "... so, wie der Schuldner seine Forderung vor der Abtretung dem bisherigen Gläubiger gegenüber aufrechnen konnte, ...". Dieser Auslegung widerspricht schon der Wortlaut des Gesetzes. Es ist bei keiner der alternativen des Tatbestandes von § 406 BGB erforderlich, daß dem Schuldner vor dem Zeitpunkt seiner Kenntnisaufnahme von der Abtretung oder gar vor dem Zeitpunkt der Abtretung der Hauptforderung bereits ein voll entwickeltes, d.h. ausübbares, Aufrechnungsrecht zustand (s.u. C I 2, 3). - Drittens kommt folgender Nebensatz in Betracht: "... so, wie der Schuldner seine Forderung ohne die Abtretung dem bisherigen Gläubiger gegenüber hätte aufrechnen können, ...". In diesem Falle wird die Abtretung hinweggingiert. Das ist im Ergebnis das gleiche wie eine Ausnahme von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit (s.o. I). - Die Entstehungsgeschichte von § 406 BGB spricht dafür, daß das Wörtchen "auch" bedeutungslos ist: Es fehlt in § 303 E I und erscheint erst in § 349 E II.⁶⁾ Daß eine inhaltliche Abänderung von § 303 E I damit beabsichtigt wurde, ist aus den Gesetzesmaterialien nicht ersichtlich.⁷⁾

IV. Berichtigung

Berichtigt man diese Ungenauigkeiten, so muß § 406 BGB in positiver Fassung etwa wie folgt lauten: "Steht dem Schuldner gegen den bisherigen Gläubiger eine Forderung zu, so ist zu ihrer Aufrechnung gegen die abgetretene Forderung Gegenseitigkeit nicht erforderlich, wenn der Schuldner bei dem Erwerb seiner Forderung von der Abtretung keine Kenntnis hatte und wenn seine Forderung nicht erst nach Erlangung der Kenntnis oder nicht

5) So Erman-Westermann zu § 406 Anm. 3; Larenz § 30 IV Abs. VI; Lang § 5 Anm. 46 und Text dazu; Palandt-Danckelmann zu § 406 Anm. 1 a; Planck-Siber zu § 406 Anm. 2 e; RGRK-BGB-Löscher zu § 406 Anm. 2 a.E.; Staudinger-Werner zu § 406 Anm. I Abs. I; Warneyer-Buchwald zu § 406 Anm. I Abs. IV; Weigelin § 13 Text zu Anm. 11.

6) Vgl. Reatz S. 180.

7) Vgl. BGB-Protokolle 1. Bd. S. 391 VIII = Reatz S. 180 Anm. 7.

später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist. Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem neuen Gläubiger."

C. Fallgestaltungen

I. Untersuchung

1. E nicht vor K⁸⁾

Hatte der Schuldner "bei" dem Erwerbe seiner Forderung von der Abtretung Kenntnis, so bedeutet dies, daß seine Kenntnisnahme vor dem oder spätestens gleichzeitig mit dem Erwerb erfolgt sein muß. Anders ausgedrückt: Der Zeitpunkt des Erwerbs der Gegenforderung liegt nach dem oder gleichzeitig mit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Schuldners von der Abtretung (s.u. § 16 A III). Hier ist das erste Merkmal des Tatbestandes von § 406 BGB nicht erfüllt. Damit steht seine Unanwendbarkeit schon fest. Das heißt, daß das Erfordernis der Gegenseitigkeit nicht aufgehoben ist. Da aber diese durch die Abtretung verhindert wurde, ist folglich in dem vorliegenden Falle eine Aufrechnung ausgeschlossen. Hier ist daher unerheblich, wann die Gegenforderung oder die Hauptforderung fällig wird. Unerheblich ist stets – sowohl hier als auch in den nachfolgenden drei Fällen – der Zeitpunkt der Abtretung der Hauptforderung.⁹⁾

8) Wegen der Abkürzungen s. u. II.

9) Einen gegenteiligen Eindruck erweckt das Schrifttum zu § 406 BGB, das meist den Zeitpunkt der Abtretung der Hauptforderung berücksichtigt und damit seine Erheblichkeit zu behaupten scheint, vgl. Enneccerus-Lehmann § 80 I 4 a bis c; Erman-Westermann zu § 406 Anm. 2; Fikentscher § 57 III B 3 a bis c; Hedemann § 28 II b 3 Abs. II; Kreß S. 506 a.E.; Larenz § 30 IV Abs. VI; Planck-Siber zu § 406 Anm. 1 a a.E. und 1 b a.A.; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 406 Anm. 2; Staudinger-Werner zu § 406 Anm. I a.A. und II a.A.; Weigelin § 8 Text zu Anm. 58. Widersprüchsvoll Lang § 5 III c Abs. III und RGRK-BGB-Löscher zu § 406 Anm. 1, die zwar die Unerheblichkeit des Zeitpunktes der Abtretung der Hauptforderung ausdrücklich betonen, trotzdem aber ihren weiteren Ausführungen diesen Zeitpunkt zugrunde legen.

2. E vor K, G nicht nach K¹⁰⁾

Der Zeitpunkt des Erwerbs der Gegenforderung liegt früher als der Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Schuldners von der Abtretung. Hier ist das erste Merkmal des Tatbestandes von § 406 BGB gegeben. Nun kommt es darauf an, ob auch das zweite Tatbestandsmerkmal vorliegt. Dieses besteht aus zwei alternativen Gliedern. Das erste Glied ist erfüllt, wenn der Zeitpunkt des Fälligwerdens der Gegenforderung vor dem oder gleichzeitig mit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Schuldners von der Abtretung liegt. Ist das der Fall, so kann wegen der Alternativität das Vorliegen des zweiten Gliedes dahingestellt bleiben.¹¹⁾ Das heißt, daß es hier unerheblich ist, wann die Hauptforderung fällig wird. Da der Zeitpunkt des Fälligwerdens der Hauptforderung unerheblich ist, kann dieser z.B. auch später als der Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Schuldners von der Abtretung liegen. Weiterhin ist es möglich, daß die noch nicht fällige Hauptforderung noch nicht erfüllbar ist (arg. § 271 II BGB). Dann kann gegen sie auch noch nicht aufgerechnet werden (vgl. § 387 BGB: "... und die ihm obliegende Leistung bewirken kann."). Folglich setzt die vorliegende Fallgestaltung nicht voraus, daß vor dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Schuldners von der Abtretung oder gar im Zeitpunkt der Abtretung der Hauptforderung (s.o. 1 a.E.) ein ausgereiftes, d.h. ausübbares, Aufrechnungsrecht bereits bestand.

3. E vor K, G nicht nach H¹²⁾

Der Zeitpunkt des Erwerbs der Gegenforderung liegt früher als der Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Schuldners von der Abtretung. Auch hier ist das erste Merkmal des Tatbestandes von § 406 BGB gegeben. Es kommt nun wiederum darauf an, ob auch das

10) Wegen der Abkürzungen s.u. II.

11) S.o. Anm. 1.

12) Wegen der Abkürzungen s.u. II.

zweite Tatbestandsmerkmal vorliegt. Dieses besteht, wie schon erwähnt, aus zwei alternativen Gliedern. Das zweite Glied ist erfüllt, wenn der Zeitpunkt des Fälligwerdens der Gegenforderung vor dem oder gleichzeitig mit dem Zeitpunkt des Fälligwerdens der Hauptforderung liegt. Ist das der Fall, so kann das Vorliegen des ersten Gliedes wegen der Alternativität dahingestellt bleiben.¹³⁾ Die beiden alternativen Glieder des zweiten Tatbestandsmerkmals von § 406 BGB können, aber müssen nicht, miteinander konkurrieren. Nur wenn der Zeitpunkt des Fälligwerdens der Gegenforderung später als der Zeitpunkt des Fälligwerdens der Hauptforderung liegt, kann das erste alternative Glied allein vorkommen. Andererseits kann das zweite alternative Glied nur dann allein vorkommen, wenn der Zeitpunkt des Fälligwerdens der Gegenforderung später als der Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Schuldners von der Abtretung liegt. Letzterenfalls wird das Aufrechnungsrecht auch erst später als der genannte Zeitpunkt ausübbar (vgl. § 387 BGB: "sobald er die ihm gebührende Leistung fordern ... kann."). Folglich ist hier ebensowenig wie zu oben 2 Voraussetzung, daß dem Schuldner vor dem Zeitpunkt seiner Kenntnisnahme von der Abtretung oder gar im Zeitpunkt der Abtretung der Hauptforderung (s.o. 1 a.E.) bereits ein ausübbares Aufrechnungsrecht zustand.

4. G nach K und nach H¹⁴⁾

Der Zeitpunkt des Fälligwerdens der Gegenforderung liegt später als der Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Schuldners von der Abtretung und später als der Zeitpunkt des Fälligwerdens der Hauptforderung. Dann liegt keines der beiden alternativen Glieder des zweiten Tatbestandsmerkmals von § 406 BGB vor. Dieser ist folglich unanwendbar. Das bedeutet wie zu oben 1, daß das Erfordernis der Gegenseitigkeit nicht aufgehoben ist. Diese wurde aber durch die Abtretung zerstört oder verhindert. Somit

13) S.o. Anm. 1.

14) Wegen der Abkürzungen s.u. II.

ist auch im vorliegenden Falle eine Aufrechnung ausgeschlossen. Der Zeitpunkt des Erwerbs der Gegenforderung ist demnach hier unerheblich.

II. Graphische Darstellung

Zur Veranschaulichung des oben Ausgeführten sollen die vier sich aus § 406 BGB ergebenden Möglichkeiten noch graphisch dargestellt werden. Hierbei werden folgende Abkürzungen gebraucht:

- A = Zeitpunkt der Abtretung der Hauptforderung,
 E = Zeitpunkt des Erwerbs der Gegenforderung,
 G = Zeitpunkt des Fälligwerdens der Gegenforderung,
 H = Zeitpunkt des Fälligwerdens der Hauptforderung,
 K = Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Schuldners von der Abtretung,
 Z = Richtung des Zeitablaufs,
 () = unerheblicher Zeitpunkt,
 * = alternative Lage eines Zeitpunktes.

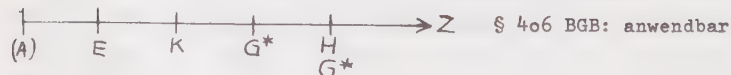
1. E nicht vor K



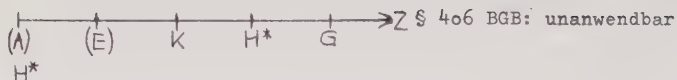
2. E vor K, G nicht nach K



3. E vor K, G nicht nach H



4. G nach K und nach H



D. Das Verhältnis von § 406 BGB zu § 575 BGB

I. Der Übergang der Mietzinsforderung

An die Tatsache der Veräußerung des einem Mieter überlassenen Grundstückes durch den Vermieter knüpft das Gesetz die automatische Folge, daß Rechte des Vermieters, insbesondere gewisse Mietzinsforderungen, auf den Erwerber übergehen (§ 571 I BGB). Dieser Übergang kann rechtlich verschieden beurteilt werden. Einmal ist es möglich, ihn als eine unmittelbare gesetzliche Nebenfolge des Veräußerungsgeschäftes zu betrachten. Zum anderen kann man ihn als dessen mittelbare Folge ansehen. In diesem Falle findet der Übergang der Mietzinsforderungen kraft "Gesetzes" statt: Der Tatbestand, der hier den Übergang bewirkt, enthält keine Willenserklärung und keinen Hoheitsakt, sondern lediglich die Tatsache der eingetretenen Veräußerungswirkung. - Gleichgültig, ob man einen rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Übergang annimmt, die §§ 406 ff. BGB finden auf ihn in jedem Falle Anwendung, entweder unmittelbar oder entsprechend gemäß § 412 BGB.

II. Die Vorausverfügung

1. Begriff

Aus §§ 573, 1 BGB (57 ZVG); 1124 II BGB; 21 II KO läßt sich der Begriff der Vorausverfügung wie folgt ableiten: "Im Falle der Vermietung oder Verpachtung eines Grundstückes, Wohnraumes oder anderen Raumes ist eine Verfügung Vorausverfügung, soweit sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als den zur Zeit des maßgebenden Ereignisses laufenden Kalendermonat bezieht. Tritt dieses nach dem fünfzehnten Tage des Monats ein, so ist die Verfügung jedoch insoweit keine Vorausverfügung, als sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für den folgenden Ka-

lendermonat bezieht. Maßgebendes Ereignis ist der Übergang des Eigentums, die Beschlagnahme oder die Konkurseröffnung."

2. Bedeutung

Das Verbot von Vorausverfügungen ist ein Spezialfall des relativen gesetzlichen Veräußerungsverbotes (§ 135 BGB).¹⁵⁾ Mit ihm wird nur der Schutz des Erwerbers, des Vollstreckungsgläubigers oder der Konkursgläubiger bezweckt. Nur diesen Personen gegenüber sind Vorausverfügungen unwirksam, vgl. § 574, 1 BGB (§ 57 ZVG): "dem Erwerber gegenüber"; § 1124 II BGB: "dem Hypothekengläubiger gegenüber"; § 21 II KO: "der Konkursmasse gegenüber".¹⁶⁾ Solange das maßgebende Ereignis nicht eintritt, ist eine geschützte Person nicht vorhanden, und die relative Unwirksamkeit kann sich nicht auswirken. Die Zustimmung des Geschützten macht die Vorausverfügung ihm gegenüber wirksam.¹⁷⁾ Daher ist § 573, 2 BGB verständlich: Der Grundstückserwerb trotz Kenntnis von der Vorausverfügung wird als ihre Genehmigung betrachtet. Die Unkenntnis des Verfügungsgegners über das Verbot von Vorausverfügung genießt allerdings nicht den Gutglaubensschutz von § 135 II BGB. Das ergibt der Umkehrschluß aus den einschlägigen Spezialvorschriften.

15) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 144 Anm. 10; Erman-Westermann zu §§ 135; 136 Anm. 3 c; Palandt-Danckelmann zu § 135 Anm. 1 a.E..

16) So RGZ 64, 415 (420); Schachian SS. 66-70; Windscheid-Kipp § 82 S. 433 Abs. I; a.M. Oertmann DogmJ § 14, 2 und 3; Planck-Knoke zu § 574 Anm. 5; vermittelnd Strohhal, ABGB-Festschrift, § 5 II und III.

17) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 144 II 1 b Abs. I; Erman-Westermann zu §§ 135; 136 Anm. 4; Oertmann DogmJ § 14, 3 Abs. III (trotz oben Anm. 16); Palandt-Danckelmann zu § 136 Anm. 2 a.E.; RGRK-BGB-Krüger-Nieland zu § 135 Anm. 2 Abs. II; Soergel-Siebert-Hefermehl zu §§ 135; 136 Anm. 10; Staudinger-Coing zu § 135 Anm. 5.

3. Vorausverfügung durch Begründung eines Aufrechnungsrechtes

Nach § 135 I 2 BGB steht der rechtsgeschäftlichen Vorausverfügung "eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgt" (vgl. auch §§ 851 I; 772; 928 ZPO).¹⁸⁾ Folglich ist ein Pfändungspfandrecht an der Miet- oder Pachtzinsforderung relativ unwirksam, soweit die Pfändung eine Vorausverfügung darstellt. Aus § 394 BGB wäre eigentlich schon zu entnehmen, daß, was für die Forderungspfändung gilt, auch für die Begründung eines Aufrechnungsrechtes gelten muß. Aber das Gesetz spricht dies noch einmal ausdrücklich in §§ 575; 1125 BGB; 21 III KO aus. Treffender könnte man die angeführten Vorschriften wie folgt fassen: "In Ansehung von Vorausverfügungen steht es der rechtsgeschäftlichen Verfügung über die Miet- oder Pachtzinsforderung gleich, wenn ein Aufrechnungsrecht an dieser begründet wird."¹⁹⁾

III. Das Zusammentreffen von abtretungsrechtlichem Gutgläubensschutz und Vorausverfügung

Die Regelung des Zusammentreffens von abtretungsrechtlichem Gutgläubensschutz und Vorausverfügung ist ein Problem, mit dem sich das Gesetz in §§ 574; 575 BGB beschäftigt. Das Problem ent-

18) Vgl. die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 573, 1 BGB: RGZ 58, 181; 59, 177; 64, 415 (418); 76, 116 (118); ferner Enneccerus-Lehmann § 133 III 1; Erman-Schopp zu § 573 Anm. 2 Abs.II; Palandt-Gramm zu § 573 Anm. 2 a.A.; RGRK-BGB-Fritsch zu § 573 Anm. 5; Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl zu § 573 Anm. 3 a.A.; Staudinger-Kiefersauer zu § 573 Anm. 17 Abs.I.

19) Handelt es sich bei der Gegenforderung um den Rückzahlungsanspruch aus einem Mieterdarlehen, das zur Schaffung oder Instandsetzung des Mietraums gewährt wurde (Baukostenzuschuß mit Abwohnklausel), so läßt die Rechtsprechung Ausnahmen von dem Verbot der Vorausverfügungen zu: Vgl. RGZ 94, 279 (281); 127, 116 (117); 136, 407 (414); 144, 194 (197); RG SeuffA 79 Nr. 23 (S. 42); BGHZ 6, 202 (206); 15, 296 (304); 76, 31 (35); 29, 289 (296); 37, 346 (352); BGH MDR 1953, 473³⁴⁶; NJW 1959, 380³ (381); siehe ferner § 57c ZVG. Zustimmend Baur § 39 V 3 b a.E.; Palandt-Hoche zu § 1124 Anm. 2 a; Wolff-Raiser § 135 Anm. 30. — Mit Recht ablehnend im Gegensatz zur Voraufgabe Westermann § 99 I 2 b a.E. und derselbe in Erman-Westermann zu § 1124 Anm. 2 Abs.II.

steht dadurch, daß aufgrund der abtretungsrechtlichen Gutgläubensvorschriften auch nach dem Übergang der Mietzinsforderung auf den Erwerber von dem Veräußerer über diese noch verfügt – folglich auch vorausverfügt – werden kann. Dem Eigentumsübergang, der Beschlagnahme und der Konkurseröffnung als den maßgebenden Ereignissen ist gemeinsam, daß in dem jeweiligen Zeitpunkt die Verfügungsmacht des Vermieters endet (vgl. §§ 23 I 1 ZVG; 6 I KO). Wird dieses Ende durch die Gutgläubensvorschriften über den Eigentumsübergang hinausgeschoben, so muß das nunmehrige Ende, d.h. der Eintritt der Bösgläubigkeit, an dessen Stelle treten. Dies hätte man zweckmäßigerweise etwa wie folgt formulieren können: "Ist eine nach Übergang des Eigentums stattfindende Verfügung des Veräußerers über die Mietzinsforderung infolge des guten Glaubens des Verfügungsgegners wirksam, so findet die Bestimmung des § 573 Satz 1 mit der Maßgabe Anwendung, daß an die Stelle des Eigentumsübergangs der Eintritt der Bösgläubigkeit tritt." Die in §§ 574; 575 BGB vorkommenden Wiederholungen des Inhaltes von §§ 406; 407 BGB sind überflüssig (vgl. oben I) und daher nicht angebracht. Der wahre Gehalt jener Vorschriften wird hierdurch nur vernebelt.

IV. Ergebnis

§ 575 BGB enthält eine überflüssige Wiederholung von § 406 BGB. Bemerkenswert ist noch, daß es in § 575, 2 BGB anstatt von "bei" (so § 406 BGB) "nachdem" heißt (s.o. C I 1). Dieser Unterschied scheint aber rein zufällig zu sein.

§ 4 Die Aufrechnung gegen eine beschlagnahmte Forderung

Ü b e r s i c h t

A. Begriff der Beschlagnahme	33
B. Die Umwandlung vom Negativen ins Positive	33
I. Vorbereitung	33
II. Ergebnis	34

C. Vergleich von § 392 BGB mit § 406 BGB	34
I. Gemeinsamkeiten	34
II. Unterschiede	34
1. Der Aufrechnungsgegner	34
2. Die Gleichzeitigkeit	35

A. Begriff der Beschlagnahme

Die Aufrechnung gegen eine beschlagnahmte Forderung ist in § 392 BGB geregelt. "Beschlagnahmte Forderungen" im Sinne dieser Vorschrift sind die gemäß §§ 829; 845; 846; 930; 936 ZPO gepfändeten sowie die bei der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung mitbeschlagnahmten Forderungen (vgl. insbesondere §§ 20 II; 21 I, II; 22 II; 146 I; 148 I 1; 151 I, III ZVG),¹⁾ während für den Konkursbeschlagnahme eine Sonderregelung besteht (s.u. § 7 A). Der Beschlagnahme einer Forderung stellt das Gesetz die Anzeige des Pfandgläubigers an den Drittschuldner gleich, daß er hinsichtlich der Zinsen der mit dem Pfandrecht belasteten Forderung von seinem Einziehungsrecht Gebrauch mache (§ 1289 BGB). Aus diesem Grund muß § 392 BGB zur Anwendung gelangen, obwohl er in § 1289 BGB nicht ausdrücklich genannt wird. Auf den Zeitpunkt der Verpfändung oder den ihrer Kenntnisnahme kommt es in diesem Falle nicht an (anders unten § 5 A II).²⁾

B. Die Umwandlung vom Negativen ins Positive

I. Vorbereitung

Das Verständnis des materiellen Wortsinnes von § 392 BGB wird, wie oben bei § 406 BGB, durch die in der negativen Fassung zum Ausdruck kommende Beweislastregelung erschwert. Auch hier ist folglich der Paragraph in eine positive Fassung zu bringen, wobei

1) So RGZ 81, 146 (148); Erman-Westermann zu § 392 Anm. 2; Larenz § 27 III a 1 a.E. und e 3; Oertmann zu § 392 Anm. 1 Abs.I; Palandt-Danckelmann zu § 392 Anm. 1; Planck-Siber zu § 392 Anm. 1; RGRK-BGB-Löschner zu § 392 Anm. 1; Schollmeyer zu § 392 Anm. 1 Abs.I; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 392 Anm. 1; Staudinger-Werner zu § 392 Anm. I; Warneier-Buchwald zu § 392 Abs.I.

2) So Siber § 12 I 4 c; a.M. Planck-Flad zu § 1289 Anm. 2 c a.E., der eine entsprechende Anwendung von § 407 BGB vorschlägt.

das zu oben § 3 A I Ausgeführte zu beachten ist. Um diese Umwandlung zu erleichtern, soll § 392 BGB zunächst einmal eine andere, aber gleichbedeutende, negative Fassung erhalten: "Gegen eine beschlagnahmte Forderung kann der Schuldner eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung nicht aufrechnen, wenn der Schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme erworben hat oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist."

II. Ergebnis

Also lautet § 392 BGB in positiver Fassung wie folgt: "Gegen eine beschlagnahmte Forderung kann der Schuldner eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung nur dann aufrechnen, wenn der Schuldner seine Forderung nicht nach der Beschlagnahme erworben hat und wenn seine Forderung nicht erst nach der Beschlagnahme oder nicht später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist."

C. Vergleich von § 392 BGB mit § 406 BGB

I. Gemeinsamkeiten

Dem § 406 BGB entsprechend sind auch hier vier Fallgestaltungen zu unterscheiden. Es gilt grundsätzlich das gleiche wie zu oben § 3 C, jedoch mit der Maßgabe, daß an die Stelle des Zeitpunktes der Kenntnisnahme des Schuldners von der Abtretung der Zeitpunkt der Beschlagnahme der Hauptforderung tritt.

II. Unterschiede

1. Der Aufrechnungsgegner

Nach dem Wortlaut von § 406 BGB ist zumindest der neue Gläubiger Aufrechnungsgegner (s.o. § 3 B III a.A.). Folglich wäre in § 392 BGB eine ähnliche Bestimmung zu erwarten. Dem neuen Gläubiger, der infolge der Abtretung berechtigt ist, entspricht hier der infolge der Beschlagnahme Berechtigte, d.h. der Vollstreckungsgläubiger. Daß die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber diesem erfolge, wird aber in § 392 BGB nicht gesagt. Somit

bleibt es bei der allgemeinen Vorschrift von § 388, 1 BGB. Dort wird der "andere Teil" als Aufrechnungsgegner genannt. Unter dieser Bezeichnung ist, wie sich aus dem Wortgebrauch des § 387 BGB entnehmen läßt, der Gläubiger der Hauptforderung und gleichzeitig Schuldner der Gegenforderung zu verstehen.

2. Die Gleichzeitigkeit

Nach dem Wortlaut von § 392 BGB erfährt der seltene Extremfall, daß der Zeitpunkt des Erwerbs der Gegenforderung mit dem Zeitpunkt der Beschlagnahme der Hauptforderung zusammenfällt, eine andere Regelung als der damit vergleichbare Extremfall, daß der Zeitpunkt des Erwerbs der Gegenforderung mit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Schuldners von der Abtretung zusammenfällt: § 406 BGB ist auf den Extremfall nicht anwendbar (s.o. § 3 C I 1), während § 392 BGB auf ihn anwendbar ist. Denn bei dem ersten Tatbestandsmerkmal der letzteren Vorschrift ist nur erforderlich, daß der Drittschuldner seine Forderung "nicht nach" der Beschlagnahme erworben hat.

§ 5 Die Aufrechnung gegen eine verpfändete Forderung

Ü b e r s i c h t

A. Die entsprechende Anwendung von § 406 BGB	35
I. Vorbereitung	35
II. Ergebnis	36
B. Vergleich von §§ 1275; 406 BGB mit § 392 BGB	37
I. Allgemeines	37
II. Die Kenntnisnahme des Drittschuldners von der Verpfändung bzw. Beschlagnahme	37

A. Die entsprechende Anwendung von § 406 BGB

I. Vorbereitung

Aus § 1275 BGB folgt, daß § 406 BGB auf die Aufrechnung gegen eine verpfändete Forderung entsprechende Anwendung findet. Eine

Ermittlung des Wortsinnes des Gesetzes kann hier nicht in gleicher Weise wie zu §§ 3; 4 und 7 vorgenommen werden, weil das Gesetz nur eine entsprechende Anwendung von § 406 BGB vorschreibt. Dennoch ist es möglich, diese zunächst einmal unter engem Anschluß an den Gesetzeswortlaut durchzuführen. Wieder interessiert die Beweislastregelung nicht. Somit ist, von der berichtigten, positiven Fassung des § 406 BGB (s.o. § 3 B IV) auszugehen. Der Abtretung entspricht hier die Verpfändung und dem neuen Gläubiger, der infolge der Abtretung berechtigt ist, der infolge der Verpfändung Berechtigte, d.h. der Pfandgläubiger. Allerdings bedarf bei der entsprechenden Anwendung von § 406 BGB ein Punkt der Abänderung, der gerade auf der besonderen Wirkung der Abtretung beruht und deswegen nicht auf den Fall der Verpfändung übertragbar ist: Infolge der Abtretung der Hauptforderung besteht keine Gegenseitigkeit, da diese durch jene entweder verhindert oder vernichtet wurde. Dementsprechend erscheint die Rechtsfolge von § 406 BGB als eine Ausnahme von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit (s.o. § 3 B I). Die Verpfändung der Hauptforderung dagegen beeinträchtigt die Gegenseitigkeit nicht. In dieser Hinsicht ist die Rechtslage genau wie bei der Beschlagnahme der Hauptforderung. Daraus folgt, daß der die Rechtsfolge aussprechende Hauptsatz nach dem Vorbild der positiven Fassung von § 392 BGB (s.o. § 4 B II) zu formulieren ist.

II. Ergebnis

Läßt man die Frage der Beweislast außer Betracht, so ergibt sich demnach für die Aufrechnung gegen eine verpfändete Forderung folgende gesetzliche Regelung:¹⁾ "Gegen eine verpfändete Forderung kann der Schuldner eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung nur dann aufrechnen, wenn der Schuldner bei dem Erwerb seiner Forderung von der Verpfändung keine Kenntnis hatte und wenn seine Forderung nicht erst nach Erlangung der Kenntnis oder

1) Diese gilt nicht für die Aufrechnung gegen Zinsen der verpfändeten Forderung, s.o. § 4 A a.E.

nicht später als die verpfändete Forderung fällig geworden ist. Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Pfandgläubiger."

B. Vergleich von §§ 1275; 406 BGB mit § 392 BGB

I. Allgemeines

Die gleichen vier Fälle wie zu oben § 3 C sind auch hier zu unterscheiden, nur daß an die Stelle der Abtretung der Hauptforderung deren Verpfändung tritt (vgl. oben § 4 C I). Ferner ist bei § 392 BGB der Vollstreckungsgläubiger nicht Aufrechnungsgegner (s.o. § 4 C II 1), während hier der jenem entsprechende Pfandgläubiger Aufrechnungsgegner ist. Schließlich sind §§ 1275; 406 BGB auf den zu oben § 4 C II 2 geschilderten Extremfall nicht anwendbar, während § 392 BGB auf ihn anwendbar ist.

II. Die Kenntnisnahme des Drittschuldners von der Verpfändung bzw. Beschlagnahme

Die Beschlagnahme der Hauptforderung wird meist im Zeitpunkt einer Zustellung an den Drittschuldner wirksam: Zustellung des Pfändungsbeschlusses (§ 829 III ZPO), Zustellung der Benachrichtigung (§ 845 II ZPO) oder Zustellung des Zahlungsverbotes (§ 22 II 2 ZVG). Ausnahmsweise wird die Beschlagnahme dem Drittschuldner gegenüber im Zeitpunkt seiner Kenntnisnahme von ihr wirksam (§ 22 II 2 ZVG). Auf ganz ähnliche Weise wird die Verpfändung der Hauptforderung im Zeitpunkt des Zugangs der Verpfändungsanzeige an den Drittschuldner wirksam (§§ 1280; 130 BGB). Wegen dieser Ähnlichkeit muß es überraschen, daß der Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Drittschuldners von der Verpfändung nach §§ 1275; 406 BGB erheblich ist, während der Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Drittschuldners von der Beschlagnahme in § 392 BGB unerheblich ist. Zwar kann die Kenntnisnahme ausnahmsweise zum Tatbestand der Beschlagnahme gehören (s.o.). Aber außerhalb des Tatbestandes der Belastung der Hauptforderung hat die Kenntnisnahme keine selbständige Bedeutung, wie dies bei der Verpfändung der Fall ist. Dieser Unterschied ist jedoch deshalb

nicht sehr wichtig, weil der Schuldner der Hauptforderung in der regelmäßig kurzen Zeit zwischen Zugang bzw. Zustellung und Kenntnisnahme nur selten eine Gegenforderung erwerben wird.

§ 6 Die Aufrechnung gegen eine mit einem Nießbrauch belastete Forderung

Ü b e r s i c h t

Die Aufrechnung gegen eine mit einem Nießbrauch belastete Forderung	38
---	----

Auf die Aufrechnung gegen eine mit einem Nießbrauch belastete Forderung findet § 406 BGB ebenfalls entsprechende Anwendung, wie sich aus § 1070 I BGB ergibt. Es ist an dieser Stelle mutatis mutandis das gleiche wie bei der entsprechenden Anwendung von § 406 BGB auf den Fall der Verpfändung der Hauptforderung (s.o. § 5 A) auszuführen. Somit hat die gesetzliche Regelung der Aufrechnung gegen eine mit einem Nießbrauch belastete Forderung folgenden materiellen Inhalt: "Gegen eine Forderung, die Gegenstand des Nießbrauches ist, kann der Schuldner eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung nur dann aufrechnen, wenn der Schuldner bei dem Erwerbe seiner Forderung von der Bestellung des Nießbrauches keine Kenntnis hatte und wenn seine Forderung nicht erst nach Erlangung der Kenntnis oder nicht später als die Forderung, die Gegenstand des Nießbrauches ist, fällig geworden ist. Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nießbraucher." Wieder ist auf die zu oben § 3 C gemachten Unterscheidungen zu verweisen. An die Stelle der Abtretung der Hauptforderung tritt deren Belastung mit einem Nießbrauch (vgl. oben § 4 C I). Das zu oben § 4 C II Dargelegte gilt hier entsprechend.

§ 7 Die Aufrechnung gegen eine mit Konkursbeschlagn belegte Forderung

Ü b e r s i c h t

A. Die Ermittlung des Rechtssatzes	39
I. Rechtsfolge	39
II. Tatbestand	40
1. Der Zeitpunkt des Erwerbs der Hauptforderung ..	40
2. Der Zeitpunkt des Erwerbs der Gegenforderung ..	40
III. Ergebnis	41
B. Die Umwandlung vom Negativen ins Positive	42
C. Vergleich von §§ 53; 55, 1, 2 KO mit §§ 392; 1275 (406); 1070 I (406) BGB	42
I. Gemeinsamkeiten	42
1. Die Ausübbarkeit des Aufrechnungsrechtes	42
2. Die Gleichzeitigkeit	43
II. Unterschiede	43
1. Die Fälligkeit der Gegenforderung	43
2. Der Erwerb der Hauptforderung	43

A. Die Ermittlung des Rechtssatzes

I. Rechtsfolge

Die Aufrechnung gegen eine mit Konkursbeschlagn belegte Forderung ist insbesondere in §§ 53; 55, 1, 2 KO geregelt.¹⁾ Auf die übrigen Bestimmungen des sechsten Titels des ersten Buches der Konkursordnung kann erst zu unten § 20 B eingegangen werden. Durch die eigenartige Formulierung der §§ 53; 55, 1, 2 KO wird das Verständnis des in diesen Vorschriften verborgenen Rechtssatzes erschwert. Ihn gilt es folglich zunächst einmal zu ermitteln. Aus § 53 KO, der den Aufrechnungstitel einleitet, läßt sich entnehmen, daß in diesem "ein Gläubiger" des Gemeinschuldners Aufrechnungsberechtigter und gleichzeitiger Gegengläubiger, andererseits der Gemeinschuldner Hauptgläubiger ist. In § 55 a.A. KO wird die Rechtsfolge ausgesprochen. Daß diese nur bei Hauptforderungen eintritt, die mit Konkursbeschlagn belegt sind, wird dort

1) Letzterer gilt sinngemäß für den Vergleich (§ 54 VerglO).

als selbstverständlich nicht ausdrücklich erwähnt. Denn die Aufrechnung gegen konkursfreie Forderungen richtet sich allein nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen.²⁾ Zudem gebraucht § 55, 1 KO die Wendung "zur Masse schuldig". Die Rechtsfolge besteht in der "Unzulässigkeit" einer Aufrechnung. Hierunter ist wie in § 393 BGB ein Ausschluß des Aufrechnungsrechtes zu verstehen.³⁾ Also muß der die Rechtsfolge aussprechende Hauptsatz etwa wie folgt lauten: "Gegen eine mit Konkursbeschlagnahme belegte Forderung kann der Schuldner eine ihm gegen den Gemeinschuldner zustehende Forderung nicht aufrechnen, wenn ...".

II. Tatbestand

1. Der Zeitpunkt des Erwerbs der Hauptforderung

In § 55, 1 KO ist der Zeitpunkt des Erwerbs der Gegenforderung (vgl. "Forderung an den Gemeinschuldner") unerheblich (vgl. "vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens"). Trotz des aufgeblähten Wortlautes kommt es hier nur darauf an, ob der Gemeinschuldner die mit Konkursbeschlagnahme belegte Hauptforderung nach der Beschlagnahme erworben hat (vgl. "nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist").⁴⁾ Treffender ist daher die folgende Fassung des ersten Tatbestandsmerkmals: "..., wenn der Gemeinschuldner seine Forderung nach der Eröffnung des Konkursverfahrens erworben hat."

2. Der Zeitpunkt des Erwerbs der Gegenforderung

Gemäß § 55, 2 KO scheint das zweite Tatbestandsmerkmal erstens zu erfordern, daß der Gemeinschuldner die mit Konkurs-

2) Vgl. RGZ 26, 66 (67); KO-Materialien (Motive) S. 223 Abs. III a.E.; Böhle-Stamschräder zu § 55 Anm. 2 und 3 c aa; Hellmann S. 192 a.E.; Herling S. 40 Abs. II; Hilker S. 20 Abs. II; Jaeger-Lent zu § 55 Anm. 4 Abs. I; Kunick § 12 I; Lang § 38 Text zu Anm. 8; Mentzel-Kuhn zu § 55 Anm. 5; Seuffert § 38 Text zu Anm. 7.

3) Vgl. KO-Materialien (Motive) S. 223 Abs. I a.E.; Herling § 5 II Abs. I; Jaeger-Lent zu § 55 Anm. 1 a.A.; Lang § 37 II.

4) Vgl. Bley zu § 54 Anm. 11 Abs. I; Böhle-Stamschräder zu § 55 Anm. 3 Abs. I Fettdruck; Hellmann S. 188 Text zu Anm. 2; Kohler LF § 14 III a.A.; Mentzel-Kuhn zu § 55 Anm. 5 Satz 1.

beschlag belegte Hauptforderung vor Konkurseröffnung erworben hat (vgl. "wenn jemand dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens etwas schuldig war"), und zweitens, daß der Gegengläubiger die Gegenforderung nach Konkurseröffnung erworben hat (vgl. "und nach derselben eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat"). Sind beide Erfordernisse erfüllt, so ist nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Aufrechnung unzulässig. Hat aber der Gemeinschuldner seine Forderung nach Konkurseröffnung erworben, so ist eine Aufrechnung schon aufgrund von § 55, 1 KO unzulässig (s.o. 1). Folglich ist in § 55, 2 KO der Zeitpunkt des Erwerbs der Hauptforderung ohne Einfluß auf die Rechtsfolge, d.h. unerheblich. In Wahrheit kommt es somit an dieser Stelle allein darauf an, ob der Gegengläubiger die Gegenforderung nach Konkurseröffnung erworben hat.⁵⁾ Es ist überflüssig, zu bemerken, daß der Zeitpunkt des Entstehens der Gegenforderung unerheblich ist (so der Nebensatz: "auch wenn diese Forderung vor der Eröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war"). Treffender ist daher die folgende Fassung des zweiten Tatbestandsmerkmals: "..., wenn der Schuldner" der Hauptforderung, d.h. der Gegengläubiger, "seine Forderung nach der Eröffnung des Konkursverfahrens erworben hat."

III. Ergebnis

Daß die beiden Tatbestandsmerkmale des in §§ 53; 55, 1, 2 KO enthaltenen Rechtssatzes alternativ sind, ergibt sich aus der Gliederung des § 55 KO in Ziffern: Das Vorliegen einer jeden von ihnen reicht aus, um die Rechtsfolge herbeizuführen. Also hat der in den angeführten Vorschriften verborgene Rechtssatz folgenden Inhalt: "Gegen eine mit Konkursbeschlag belegte Forderung kann der Schuldner eine ihm gegen den Gemeinschuldner zustehende Forderung nicht aufrechnen, wenn dieser oder der Schuldner seine Forderung nach der Eröffnung des Konkursverfahrens erworben hat."

5) Vgl. Böhle-Stamschräder zu § 55 Anm. 4 Satz 1 Fettdruck; Hellmann S. 187 Text zu Anm. 6; Kohler LF § 14 I; Mentzel-Kuhn zu §§ 55 Anm. 9 Satz 1.

B. Die Umwandlung vom Negativen ins Positive

Das Verständnis des materiellen Wortsinnes des zu oben A ermittelten Rechtssatzes wird ferner durch die in der negativen Fassung zum Ausdruck kommende Beweislastregelung erschwert. Diese interessiert hier nicht. Beseitigt man sie unter Beachtung des zu oben § 3 A I Ausgeführten, so lautet der Rechtssatz wie folgt: "Gegen eine mit Konkursbeschlagnahme belegte Forderung kann der Schuldner eine ihm gegen den Gemeinschuldner zustehende Forderung nur dann aufrechnen, wenn dieser und der Schuldner seine Forderung nicht nach der Eröffnung des Konkursverfahrens erworben hat." Anders ausgedrückt: "..., wenn weder dieser noch der Schuldner seine Forderung nach der Eröffnung des Konkursverfahrens erworben hat." Eine ähnliche Formulierung findet sich in § 55 Ziffer 3 Abs. I Satz 1 KO in dem mit "wenn" beginnenden Konditionalsatz.

C. Vergleich von §§ 53; 55, 1, 2 KO mit §§ 392; 1275 (406); 1070 I (406) BGB

I. Gemeinsamkeiten

1. Die Ausübbarkeit des Aufrechnungsrechtes

Die Erfüllbarkeit der Hauptforderung (vgl. § 387 BGB: "... und die ihm obliegende Leistung bewirken kann.") sowie die Fälligkeit der Gegenforderung (vgl. § 387 BGB: "sobald er die ihm gebührende Leistung fordern ... kann.") ist in §§ 53; 55, 1, 2 KO unerheblich. Folglich ist es nicht Voraussetzung dieser Vorschriften, daß dem Gegengläubiger im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits ein ausübbares Aufrechnungsrecht zustand. Dies wird durch § 54 I KO bestätigt. In den übrigen Fällen der Aufrechnung gegen eine belastete Forderung (§§ 392; 1275 (406); 1070 I (406) BGB) ist ebensowenig erforderlich, daß im Zeitpunkt der Belastung bzw. vor dem ihrer Kenntnisaufnahme durch den Gegengläubiger schon ein ausübbares Aufrechnungsrecht bestand (s.o. §§ 4 C I; 5 B I a.A.; 6 a.E. in Verbindung mit § 3 C I 2 a.E., 3 a.E.).

2. Die Gleichzeitigkeit

Die Frage der Erheblichkeit des Zeitpunktes der Kenntnissnahme des Gegengläubigers von der Belastung ist in §§ 53; 55 1, 2 KO und in § 392 BGB in gleicher Weise geregelt: In beiden Fällen kommt es auf diesen Zeitpunkt nicht an. Anstattdessen ist der Zeitpunkt der Belastung maßgebend. Gemeinsam ist weiterhin, daß der Forderungserwerb "nicht nach" der Belastung stattfinden darf, wenn eine Aufrechnung möglich sein soll.⁶⁾ Folglich findet das, was zu oben § 4 C II 2 über den dort behandelten Extremfall in Bezug auf § 392 BGB gesagt wurde, auf §§ 53; 55, 1, 2 KO entsprechende Anwendung. Allerdings heißt es in § 55 Ziffer 3 Abs. I Satz 1 a.A. KO "vor", während es aufgrund der §§ 53; 55, 1, 2 KO "nicht nach" heißen müßte. Diese Abweichung scheint genauso zufällig zu sein wie die des § 575, 2 BGB von § 406 BGB (s.o. § 3 D IV).

II. Unterschiede

1. Die Fälligkeit der Gegenforderung

Die §§ 392; 1275 (406); 1070 I (406) BGB enthalten ein zweites Tatbestandsmerkmal, daß sich mit der Fälligkeit der Gegenforderung befaßt. Dieses fehlt in §§ 53; 55, 1, 2 KO.

2. Der Erwerb der Hauptforderung

Das erste Tatbestandsmerkmal der §§ 53; 55, 1, 2 KO verlangt, daß der Gemeinschuldner die Hauptforderung nicht nach Konkurseröffnung erworben hat (s.o. B). Die §§ 392; 1275 (406); 1070 I (406) BGB dagegen bestimmen nichts über den Zeitpunkt des Erwerbs der Hauptforderung.

6) Auf die Ähnlichkeit zwischen §§ 53; 55, 1, 2 KO und § 392 BGB hat schon Seuffert S. 230 Abs. II und III hingewiesen. Ebenso Kunick § 3 IV und V. Vgl. ferner Kohler LF § 14 I Abs. I, der richtig mit der Aufrechnung beim Einzelpfandrecht vergleicht, aber nicht § 392 BGB, sondern § 406 BGB anführt, sowie Weigelin S. 100, der die Abtretung und die Belastung durch Nießbrauch oder Pfandrecht vergleichsweise heranzieht. So auch Börner C II a.

b. ZWEITES KAPITEL: KRITIK UND KORREKTUR AN DER SICH AUS DEM
WORTLAUT DES GESETZES ERGEBENDEN REGELUNG

aa. KERNPROBLEME

aaa. WESEN UND BEGRÜNDUNG DES AUFRECHNUNGSRECHTES

§ 8 Dinglichkeit

Ü b e r s i c h t

A. Die Unmittelbarkeit als Kennzeichen der Dinglichkeit ...	44
B. Die Art des dinglichen Rechtes	45
I. Verwertungsrecht	47
1. Die Begründung der Verwertungsrechtstheorie	47
2. Die Befürworter der Verwertungsrechtstheorie ...	48
II. Erwerbsrecht	50
1. Die Begründung der Erwerbsrechtstheorie	50
2. Die Befürworter der Erwerbsrechtstheorie	52
III. Recht eigener Art	54
C. Der Mitübergang des Aufrechnungsrechtes bei Über- tragung des Hauptrechtes	55

A. Die Unmittelbarkeit als Kennzeichen der Dinglichkeit

Gewährt ein Recht die Möglichkeit, unmittelbar, d.h. ohne Vermittlung eines Schuldverhältnisses, auf einen bestimmten Gegenstand einzuwirken oder fremde Einwirkung auszuschließen, so handelt es sich um ein "Herrschaftsrecht" an diesem Gegenstand.¹⁾ Die Eigenschaft eines Herrschaftsrechtes wird in dem Nachfolgenden als "Dinglichkeit" bezeichnet. Diese Bezeichnungsweise erhält ihre Rechtfertigung dadurch, daß der Begriff "Ding", abgesehen von § 221 BGB, nicht zur Fachsprache des Bürgerlichen Gesetzbuches gehört und somit nicht auf "körperliche Gegenstände"

¹⁾ Vgl. RGZ 53, 98 (100); 93, 234 (236); BGB-Motive 3. Bd. S. 2 Abs.III; Baur § 24 I 1; Eichler 1. Bd. I 2 a; Enneccerus-Nipperdey § 73 I 1; J. v. Gierke SR § 2 I A; Larenz § 2 II Abs. I; Lehmann § 12 I 1 a Abs.I bis IV; F. Leonhard Schr § 1 Abs.IV bis VI; Palandt-Hoche vor § 903 Anm. 1; Planck-Strecker allgemeine Vorbemerkungen vor § 854 Anm. II 3 Abs.I; RGRK-BGB-Pritsch vor § 903 Anm. 1; Soergel-Siebert-Mühl Einleitung vor § 854 Anm. 8; Staudinger-Seufert Einleitung vor § 854 Anm. 2 a und b; v. Tuhr AT § 6; Wolff-Raiser § 2 I Abs.I.

(§ 90 BGB) beschränkt zu werden braucht. So nennt zum Beispiel das Reichsgericht die Abtretung ein "dingliches" Rechtsgeschäft.²⁾ Es kommt hinzu, daß selbst das Gesetz unter Abweichung von seinem in § 90 BGB bestimmten Sachbegriff den Nießbrauch und das Pfandrecht an "Rechten", d.h. an unkörperlichen Gegenständen, im "Sachen"-recht regelt (§§ 1068-1084; 1273-1296 BGB). Aufgrund des Aufrechnungsrechtes kann sein Träger dem Hauptgläubiger dessen Forderung entziehen, wie sich aus § 389 BGB ergibt. Diese Vorschrift versagt zwar, wenn das Hauptrecht keine Forderung ist. Gleichwohl ist hier die Rechtslage nicht anders: Wird gegen ein dingliches Verwertungsrecht aufgerechnet, so besteht eine der Rechtsfolgen ebenfalls darin, daß der Aufrechnungsberechtigte das Hauptrecht seinem Inhaber entzieht (vgl. insbesondere §§ 268 III 1; 412 (401 I); 1143 I 1; 1150; 1153 I; 1225, 1; 1249, 2; 1250 I 1 BGB). Dieser Entzug ist eine unmittelbare Einwirkung auf das Hauptrecht, folglich das Aufrechnungsrecht ein dingliches Recht an jenem.

B. Die Art des dinglichen Rechtes

Vorweg läßt sich über das Aufrechnungsrecht aussagen, daß es ein "beschränktes" dingliches Recht, eine "Belastung" des Hauptrechtes, darstellt.³⁾ Denn die totale Herrschaft an diesem steht dem Hauptberechtigten zu. Welcher Art aber die Belastung ist, hängt von dem Zusammenhang zwischen dem Entzug des Hauptrechtes und dem Verlust der Gegenforderung (§ 389 BGB) ab. Drei Möglichkeiten sind denkbar: Entweder ist (I) der Verlust der Gegenforderung die Folge des Entzugs des Hauptrechtes, oder (II) der Entzug

2) Vgl. RGZ 98, 200 (202); 99, 142 (143); 149, 96 (98); ferner BGB-Motive 2. Bd. S. 120 Abs.I; Dulckeit S. 36 Abs.I; J. v. Gierke SR § 2 I A 1 und II; F. Leonhard Schr §§ 24, 1 und 339 Abs.III; R. Leonhard AT § 54 V; Warneyer-Buchwald zu § 398 Anm. I.

3) Vgl. zum Begriff der Belastung BGB-Motive 3.Bd. S. 2 Abs. I; Baur § 3 II Abs.I; Eichler 1.Bd. I 4 b; Enneccerus-Nipperdey § 79 A I Abs.I; J. v. Gierke SR § 2 I B Abs.II; Hedemann SR § 35 I Abs.I; Palandt-Hoche Einleitung vor § 854 Anm. 4 b a.A.; Planck-Strecker allgemeine Vorbemerkungen vor § 854 Anm. II 5 Abs.II; Soergel-Siebert-Mühl Einleitung vor § 854 Anm. 3; Staudinger-Seuffert Einleitung vor § 854 Anm. 16 Abs.I; v. Tuhr AT § 6 I Abs.VI und VII; Westermann §§ 5 II 1 und 28 I 3; Wolff-Raiser § 2 II 1 Abs.I.

des Hauptrechtes ist die Folge des Verlustes der Gegenforderung, oder (III) zwischen dem Verlust der Gegenforderung und dem Entzug des Hauptrechtes besteht kein Grund-Folge-Verhältnis, sondern beide Ereignisse sind unmittelbare Folgen der Aufrechnung. Alle drei Betrachtungsweisen und die ihnen entsprechenden Aufrechnungstheorien (s.u. I, II und III) stehen gleichberechtigt nebeneinander. Nichts spricht dafür, eine von ihnen zu bevorzugen oder abzulehnen. Für die Frage nach der Belastungsart kommt es nicht nur auf den Verlust, sondern auch auf den Erwerb von Hauptrecht und Gegenforderung an. Hier eröffnet sich nur eine Möglichkeit: Der eine erwirbt im Austausch das Recht des anderen. Ist das Hauptrecht eine Forderung und liegt weder eine Abtretung noch eine Belastung vor, so müssen beide Forderungen wegen der Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit (Konfusion) erlöschen.⁴⁾ Nur diesen Normalfall hat § 389 BGB im Auge. Ist das Hauptrecht dagegen ein Verwertungsrecht und liegt weder eine Übertragung noch eine Belastung vor, so muß die Gegenforderung wieder wegen Konfusion erlöschen, während das Hauptrecht wegen der Vereinigung von Recht und Belastung (Konsolidation) erlöschen kann, aber nicht muß (vgl. insbesondere §§ 889; 1178 I; 1256 BGB). Eine Konsolidation bleibt völlig außer Betracht, wenn nicht der Eigentümer, sondern der Träger eines beschränkten dinglichen Rechtes oder der Besitzer aufrechnet (vgl. insbesondere §§ 268 I, II; 1150; 1223 II; 1224; 1249 BGB). Aus den angeführten Bestimmungen ist ersichtlich, daß § 389 BGB die Aufrechnungswirkung in einer nicht allgemeingültigen Weise regelt:

4) So Kegel § 10 I 1 Abs. III und Kreß S. 552 Anm. 2 und Text dazu; vgl. ferner Hirsch S. 425 Abs. I (s.u. § 14 Anm. 3). — Die Annahme eines einseitigen oder gegenseitigen Erlaßvertrags (s.u. § 14 Anm. 4) ist, solange man sich auf den Fall beschränkt, daß die an der Aufrechnung beteiligten Rechte weder abgetretene noch belastete Forderungen sind, eine vertretbare Konstruktion. Sie wird jedoch unhaltbar, sobald man Verwertungsrechte, namentlich Grundschulden, als Hauptrechte in Betracht zieht (s.o. Text) oder die Aufrechnung nach Übertragung oder Belastung berücksichtigt (s.u. § 15 A I und § 23 A III). — Siehe auch unten § 11 Anm. 2 und Text dazu.

Das Erlöschen bleibt auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen die Aufrechnung zu einer Vereinigung führt und das betroffene Recht die Eigenschaft des Erlöschens hat.

I. Verwertungsrecht

1. Die Begründung der Verwertungsrechtstheorie

Gewährt ein Recht die Möglichkeit, dem belasteten Gegenstand durch Verfall, Veräußerung oder Verwaltung einen bestimmten Wert abzugewinnen, so handelt es sich um ein "Verwertungsrecht" an diesem Gegenstand.⁵⁾ Meist sind eine Verwertung durch Verfall (vgl. insbesondere §§ 1149; 1229 BGB) und eine andere Bestimmung des Wertes als durch einen Geldbetrag (vgl. insbesondere §§ 1113 I; 1228 II 2 BGB; VIII. Buch, 2. Abschnitt, Überschrift; § 916 I ZPO) ausgeschlossen. Das ist jedoch nicht begriffsnotwendig, sondern von der Gleichartigkeit abhängig (s.u. § 11 B). "Angelehnt" ist ein Verwertungsrecht dann, wenn es zu seinem Inhalt gehört, der Sicherung einer Forderung zu dienen.⁶⁾ Eine Folge der Angelehntheit (Akzessorietät) ist es, daß nach der Verwertung die gesicherte Forderung ipso iure auf den früheren Träger des verwerteten Rechtes übergeht (vgl. insbesondere §§ 1247, 1; 1288 II; 1273 II 1; 1249; 268 III 1 BGB). Geht man nun davon aus, daß der Verlust der Gegenforderung die Folge des Erwerbs des Hauptrechtes ist, so erweist sich das Aufrechnungsrecht als ein angelehntes Verwertungsrecht: Das mit ihm belastete Hauptrecht wird durch Verfall verwertet, und der Hauptberechtigte erwirbt aufgrunddessen die Gegenforderung. Die vorliegende Betrachtungsweise

5) Vgl. Baur § 3 II 2 b Abs.I; Eichler 1. Bd. III 5 a bb; Enneccerus-Nipperdey § 79 A I 4 Abs.I; J. v. Gierke SR § 2 I B 1 c; Palandt-Hoche Einleitung vor § 854 Anm. 4 b bb; Planck-Sacker allgemeine Vorbemerkungen vor § 854 Anm. II 5 Abs.III; Soergel-Siebert-Mühl Einleitung vor § 854 Anm. 6; Staudinger-Seufert Einleitung vor § 854 Anm. 18 b; v. Tuhr AT § 6 I Abs.X; Westermann § 5 II 2; Wolff-Raiser § 2 III 2 Abs.I.

6) Vgl. Baur § 55 A I 3 a aa Abs.I; Eichler 2. Bd. SS. 425 B bis 427; Enneccerus-Nipperdey § 79 A I 4 Abs.I; Erman-Ronke Einleitung vor § 1204 Anm. 4 c; Hedemann SR § 49 II b; Palandt-Hoche Überblick vor § 1204 Anm. 1; Planck-Flad zu § 1204 Anm. 2 b Abs.II; RGRK-BGB-Kregel zu § 1204 Anm. 8 Abs.I; Soergel-Siebert-Augustin Einleitung vor § 1204 Anm. 2; Staudinger-Scherübl Einleitung vor § 1113 Anm. 30 Abs.I; v. Tuhr AT § 13; Westermann § 93 II 4 a; Wolff-Raiser § 132 I 1.

soll "Verwertungsrechtstheorie" genannt werden.

2. Die Befürworter der Verwertungsrechtstheorie

Die Verwertungsrechtstheorie liegt der Konkursordnung insofern zugrunde,⁷⁾ als im System des materiellen Konkursrechts die Aufrechnung ihre Stellung in unmittelbarer Nähe der Absonderung hat.⁸⁾ Aber auch das Bürgerliche Gesetzbuch geht von dieser Theorie in § 394 aus, indem es dort auf die Pfändbarkeit abstellt. Ferner sprechen Wortlaut und Zweck von § 770 II BGB für die Verwertungsrechtstheorie (vgl. § 772 II BGB). Sie hat in Rechtssprechung und Schrifttum viele Anhänger.⁹⁾ Weigelin

7) Im konkursrechtlichen Schrifttum wird daher die Verwertungsrechtstheorie betont.

8) Vgl. RGZ 80, 407 (409, 414); 124, 8 (10); RG JW 1936, 3126; BGH NJW 1960, 1295 (1296 b); KO-Materialien (Motive) S. 217 Abs.III a.A.; Bley zu § 54 Anm. 1 a; Böhle-Stamschräder zu § 53 Anm. 1; Feder § 48 Abs.VI; Heck Schr § 61, 7 a; Herling § 1 II; Hilker § 2 Abs.II; Jaeger-Lent zu § 53 Anm. 29; Kreß S. 558 Text zu Anm. 22; Kunick § 11 I 3 Abs.IV; F. Leonhard BürgA § 14 Abs.VIII a.E. und Schr § 315 Abs.II; Mentzel-Kuhn zu § 53 Anm. 15; Schönke-Baur § 51 E I Abs.I; Weigelin § 4 Text zu Anm. 44. - In diesem Zusammenhang ist auch die Ähnlichkeit zwischen § 4 II KO und § 53 KO zu beachten.

9) Vgl. Pomponius Dig. 16, 2, 3: "Ideo compensatione necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solum repetere."; RGZ 80, 30 (33); 80, 393 (394); 80, 407 (409, 414); 124, 8 (10); 171, 215 (224); RG JW 1936, 3126; BGH NJW 1955, 339 letzter Absatz; 1960, 1295 (1296 b); BGB-Motive 2. Bd. S. 108 Abs.III; KO-Materialien (Motive) S. 216 Abs.IV; Bley zu § 54 Anm. 1 a; Böhle-Stamschräder zu § 53 Anm. 1; de Boor-Erkell § 29 I 1; Enneccerus-Lehmann § 69 Abs.II; Erman-Westermann vor § 387 Anm. 1 Abs.II; Esser § 73, 1 Abs.IV; Feder §§ 36 Abs.II und 47 Abs.IV; Fikentscher § 39 III 1 Abs.II; Haudek I Abs.I und II 1 a a.A.; Heck Schr § 61a 9 Abs.I; Herling § 1 II; Hilker § 2 Abs. I; Hirsch SS. 422-427; Jaeger-Lent zu § 53 Anm. 29; Kegel S. 55 Abs.II a.E.; Koban S. 38; Kreß S. 552 a; Krückmann ZZP S. 355 Abs.II; Kunick § 8 I Abs.VIII a.E.; Larenz § 27 III Abs.I; F. Leonhard BürgA § 14 Abs.IV und Schr § 315 Abs.II und III; Lippmann S. 478 a.E.; Mentzel-Kuhn zu § 53 Anm. 2 und 15; Palandt-Danckelmann zu § 387 Anm. 1; Patzelt S. 8 a.E.; Planck-Siber vor § 387 Anm. 2 b; Reichel AcP 125, 178 (1 Abs.I); RGRK-BGB-Löcher vor § 387 Anm. 1 Abs.II; Schönke-Baur § 51 E I Abs. I; Siber § 17 I 3 Abs.V; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt vor § 387 Anm. 1; Strohal Leipziger Binding-Festschrift S. 19; Weigelin § 3, 3 und § 4 I 5; Weismann S. 2 Abs.II a.E..

bezeichnet das Aufrechnungsrecht als "Pfandrecht an der eigenen Schuld".¹⁰⁾ Hieran ist dreierlei zu berichtigen: Erstens ist das Aufrechnungsrecht zwar ein "Verwertungsrecht", aber kein Pfandrecht im gesetzestechnischen Sinne, da die pfandrechtlichen Vorschriften nicht ausnahmslos Anwendung finden.¹¹⁾ Zweitens ist das Aufrechnungsrecht ein Verwertungsrecht, das auch eine "fremde Schuld" belasten kann (s.u. §§ 9 B I; 23 A I). Drittens muß es keineswegs immer an einer Forderung, sondern kann ebensogut "an einem Verwertungsrecht" bestehen (s.o. § 1 B VI). Manche vergleichen die Aufrechnung vor allem mit der Beschlagnahme und nennen sie einen "außergerichtlichen Zwangszugriff" oder ähnlich.¹²⁾ Es stimmt, daß weder die Begründung eines Auf-

10) So § 4 I 5; vgl. außerdem RGZ 80, 467 (414); RG JW 1936, 3126; KO-Materialien (Motive) S. 217 a.A.; Feder § 47 Abs.III; Hirsch SS. 422-427; Krückmann ZNP S. 355 Abs.I; Kunick § 11 I 3 Abs.IV; F. Leonhard BürgA § 14 Abs.VIII und Schr § 315 Abs.II; Mentzel-Kuhn zu § 53 Anm. 2 und 15; Reichel AcP 125, 178 (1 b Abs.I).

11) Eine Ausnahme besteht z.B. darin, daß zwischen Begründung und Reifung des Aufrechnungsrechtes der Träger eines schon fälligen Hauptrechtes zur alleinigen Einziehung befugt ist und daß das Aufrechnungsrecht als Verwertungsrecht an dem eingezogenen Surrogat außer im Falle des § 54 III KO nicht fortbesteht (s.u. §§ 20 B I und 21 A II).

12) Vgl. RGZ 80, 30 (33): "Selbstbefriedigung mittels Aufrechnung"; 80, 393 (394): "Selbstbefriedigung"; 171, 215 (224): "Akt der Selbstbefriedigung"; BGH NJW 1955, 339 letzter Absatz: Griff auf die Passivforderung; BGB-Motive 2. Bd. S. 113 § 288: "Selbstexekution"; Enneccerus-Lehmann § 69 Abs.II: "außergerichtlicher Selbsthilfzugriff"; Erman-Westermann vor § 387 Anm. 1 Abs.II: Selbstbefriedigung; Esser § 73, 3 c Abs.I: "Beitreibung" der Gegenforderung; Feder § 47 Abs.IV: "Selbstbefriedigung durch zwangsweise vorgenommene Verwertung" der Hauptforderung; Fikentscher § 39 III 1 Abs.II: "eine Art Privatvollstreckung"; Götte Abs.III: "Selbsthilfe", "Selbstbefriedigung"; Haudek II 3 Abs.I: "zwangsweise Befriedigung der Gegenforderung"; Jaeger-Lent zu § 53 Anm. 29: "Selbstbefriedigungsmacht", die Rechtslage ist, wie wenn die Hauptforderung "pfandmäßig verstrickt" wäre; Kreß S. 552 a: "... das kommt einer Vollstreckungshandlung, einem Selbsthilfzugriff ... gleich", weiter unten: "Zwangszugriff"; Kunick § 8 I Abs.VIII a.E.: "Zugriffsrecht"; F. Leonhard BürgA § 14 Abs.IV a.E.: "Zwangsverwertungsrecht", und Schr § 315 Abs.II: "Recht zur eigenmächtigen Vollstreckung"; Lippmann S. 479 Abs.II: "Zwang", und S. 522 Abs.I a.E.: "Das Modell der Sache giebt hiernach unzweifelhaft der Prozeß mit seiner Zwangsvollstreckungsgewalt ab."; Palandt-Danckelmann zu § 387 Anm. 1: "außergerichtliche Selbstbefriedigung"; Patzelt SS. 2 a.E. und 9

rechnungsrechtes noch die Beschlagnahme rechtsgeschäftlich ist, daß folglich beidemale "Zwang" vorliegt (s.u. § 10 C III). Dagegen bedarf es keiner "Zugriffs"-handlung, um das Aufrechnungsrecht zur Entstehung oder Reife zu bringen. Diese Wirkungen treten kraft "Gesetzes" ein (s.u. §§ 9 A I 2 a.A.; 13). Bekämpft wird die Verwertungsrechtstheorie insbesondere von Oertmann.¹³⁾ Seine Ablehnung beruht im wesentlichen darauf, daß er die Frage der Gegenseitigkeit bei der Aufrechnung gegen akzessorische Verwertungsrechte verkennt. Auf die Meinung von Oertmann ist daher zu unten § 9 B.II zurückzukommen.

II. Erwerbsrecht

1. Die Begründung der Erwerbsrechtstheorie

Gewährt ein Recht die Möglichkeit, namentlich "Eigentum im weiteren Sinne"¹⁴⁾ an dem belasteten Gegenstand zu erwerben, so

a.A.: Gleichartigkeit der wirtschaftlichen Wirkung von Aufrechnung und Zwangsvollstreckung; Planck-Siber vor § 387 Anm. 2 b: "Selbsthilfeakt"; Reichel AcP 125, 178 (1 Abs.I): "zwangsweise Selbstbefriedigung"; RGRK-BGB-Löschner vor § 387 Anm. 1 Abs.II: "Akt der Selbstbefriedigung ... durch Selbsthilfeszugriff"; Schönke-Baur § 51 E I Abs.I: "Zugriff" auf die Hauptforderung; Siber § 17 I 3 Abs.V: "als Selbstbefriedigung der Zwangsvollstreckung parallel"; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt vor § 387 Anm. 1: "außergerichtlicher Zugriff" auf die Hauptforderung; Stroh Leipzig. Bindung-Festschrift S. 19: Als Mittel des Rechtszwangs wird hier die Aufrechnung zusammen mit der Selbsthilfe (§ 229 BGB) und der Zwangsvollstreckung genannt; Weismann S. 9 Abs.IV: "zwangsweise Befriedigung".

13) So AcP § 3 I Abs.I und Kommentar vor § 387 Anm. 6 c Abs. II; ferner Staudinger-Werner vor § 387 Anm. I 1 Abs.III; Warneyer-Buchwald zu § 387 Anm. II a.E.; widerspruchsvoll Blomeyer SchR § 40 I 2, der den "Befriedigungszweck" der Aufrechnung anerkennt (Abs.I a.E. und II a.E.), aber sowohl die "Befriedigungstheorie" als auch die "Kombinationstheorie" ablehnt (Abs.II).

14) Für den Begriff des Eigentums im weiteren Sinne, insbesondere für den des Forderungseigentums: RGZ 52, 216 (219); RG Warn Rspr 1911 Nr. 70; OLG Kiel 20, 154; KG OLG 24, 309; Baur § 60 I 1; Dulckeit S. 36 Abs.I; J. v. Gierke SR § 26 I 2 Abs.I; O. Gierke 2. Bd. S. 367 a.E.; Jacobi WP S. 185 a.E.; F. Leonhard SchR § 24; vgl. ferner Eichler 1. Bd. VI A b Abs.I; Hedemann SR § 1 II Abs. VI; Lehmann § 12 I 1 a, der einerseits die relativen Rechte zuden Herrschaftsrechten zählt (Abs.I und V), andererseits aber den Begriff des Forderungseigentums ablehnt (Abs.X); v. Tuhr AT § 6 II, der ebenfalls die Forderungen zu den Herrschaftsrechten zählt; Vinding-Kruse insbesondere SS. 188 Abs.II und 201 Abs.II; Wolff-

handelt es sich um ein "Erwerbsrecht" an diesem Gegenstand.¹⁵⁾ "Positiv" ist ein Erwerbsrecht dann, wenn sich der Erwerb durch unmittelbare Einwirkung auf den Erwerbsgegenstand vollzieht. "Negativ" ist es, wenn der Erwerb durch unmittelbaren Ausschuß fremden Erwerbes gesichert wird.¹⁶⁾ Letzteres ist zumal bei der Vormerkung der Fall (vgl. § 883 II BGB).¹⁷⁾ Setzt ein Erwerbsrecht den Bestand einer Forderung voraus, so ist es "angelehnt".¹⁸⁾ Das trifft zum Beispiel nicht auf das Aneignungsrecht (vgl. insbesondere §§ 928 II; 958 BGB), wohl aber auf die

Raiser §§ 51 IV 1 und 120 I Abs. II a.E.; vgl. auch Larenz § 29 III, der zwar den Begriff des Forderungseigentums für unzutreffend hält (Abs. II), anstatt dessen aber die verwandten Begriffe der "Rechtszuständigkeit" bzw. der "Zuordnung" verwendet (Abs. III); Westermann § 2 II 2 Abs. IV bis VIII, der von der "Forderung als Zuordnungsobjekt" spricht; Wieacker IV, der die Forderung als "Gegenstand der dinglichen Zuordnung" bezeichnet; a.M. Enneccerus-Lehmann § 1 II 1 a; Staudinger-Seufert zu § 903 Anm. 4 Abs. I.

15) Vgl. Baur § 3 II 2 c Abs. I; Eichler 1. Bd. III 5 b; Enneccerus-Nipperdey § 79 A II Abs. I; J. v. Gierke SR § 2 I B 1 b; Palandt-Hoche Einleitung vor § 854 Anm. 4 b cc; Planck-Strecker allgemeine Vorbemerkungen vor § 854 Anm. II 5 Abs. III; Soergel-Siebert-Mühl Einleitung vor § 854 Anm. 6; Staudinger-Seufert Einleitung vor § 854 Anm. 18 c; Westermann § 5 II 2; Wolff-Raiser § 2 III 3 Abs. I.

16) Ähnlich unterscheidet man eine positive und eine negative Seite des Eigentums, positive und negative Grunddienstbarkeiten: Baur § 24 I 1 Abs. I; Eichler 1. Bd. S. 13 a.E.; Hedemann SR § 37 III 1 und 2; Lehmann § 12 I 1 a Abs. IV; Palandt-Hoche zu § 903 Anm. 2 a und 3 a; Planck-Strecker zu § 903 Anm. 2 a Abs. I und 2 b Abs. I; RGRK-BGB-Pritsch zu § 903 Anm. 1; Soergel-Siebert-Baur zu § 903 Anm. 2 und 4; Staudinger-Seufert Einleitung vor § 854 Anm. 2 c Abs. I; Warneier-Buchwald zu § 903 Anm. III Abs. I; Westermann § 28 II 1 Abs. II; Wolff-Raiser § 52 I 1 und 2 sowie § 105 III 3.

17) Vgl. zum Begriff des "negativen Herrschaftsrechtes" Lehmann § 12 I 1 a Abs. IV, der als Beispiel die servitus altius non tollendi anführt. Seckel S. 250 a.E. hat als erster die Vormerkung ein "negatives Herrschaftsrecht" genannt. Ihm folgen Dölle Gruchot S. 500 Abs. I; Eichler 2. Bd. S. 402 Abs. III bis V; Wolff-Raiser § 48 VII 2. Zur Einreihung der Vormerkung in die Gruppe der Erwerbsrechte vgl. Baur § 3 II 2 c cc; Eichler 1. Bd. III 5 b bb; Enneccerus-Nipperdey § 79 A II 5.

18) S.o. Anm. 6.

Vormerkung (vgl. § 883 I BGB) zu.¹⁹⁾ Geht man nun davon aus, daß der Erwerb des Hauptrechtes die Folge des Verlustes der Gegenforderung ist, so stellt das Aufrechnungsrecht ein angelehntes positives Erwerbsrecht dar: Sein Inhaber überträgt die Gegenforderung auf den Hauptberechtigten und erwirbt dafür das Hauptrecht als Gegenwert. Die vorliegende Betrachtungsweise soll "Erwerbsrechtstheorie" genannt werden.

2. Die Befürworter der Erwerbsrechtstheorie

Die Erwerbsrechtstheorie hat zwei Vorläufer: Geht man davon aus, daß das Hauptrecht eine Forderung und daß ihr Erwerb die Folge des Verlustes der Gegenforderung ist, so erweist sich das Aufrechnungsrecht als eine "Ersetzungsbefugnis" (facultas alternativa) des Schuldners,²⁰⁾ die diesem erlaubt, sich von seiner Schuld dadurch zu befreien, daß er dem Gläubiger anstatt der geschuldeten Leistung die Gegenforderung als Surrogat aufdrängt (Ersetzungsbefugnistheorie). Geht man jedoch davon aus, daß das Hauptrecht ein Verwertungsrecht und daß sein Erwerb die Folge des Verlustes der Gegenforderung ist, so stellt das Auf-

19) Vgl. RGZ 83, 434 (438 a.E.); 142, 331 (333); BGHZ 25, 16 (23 a.A.); Baur § 20 V Abs.I; Eichler 2. Bd. S. 403 c; Enneccerus-Lehmann § 79 III 1 a; Erman-Westermann zu § 401 Anm. 2 Abs.I; J. v. Gierke SR § 20 IV Abs.III; Oertmann zu § 401 Anm. 2 Abs.I; Palandt-Danckelmann zu § 401 Anm. 1 b; RGK-BGB-Löschner zu § 401 Anm. 3 Abs.I; Schollmeyer zu § 401 Anm. 1 Abs.I a.A.; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 401 Anm. 2; Staudinger-Seufert zu § 883 Anm. 13 Abs.I; Westermann § 84 II Abs.I.

20) Vgl. zum Begriff der Ersetzungsbefugnis des Schuldners RGZ 51, 73 (75); 71, 89 (91); Blomeyer SchR § 11 I Abs.I; Enneccerus-Lehmann § 10 I Abs.I; Erman zu § 262 Anm. 2 d; Esser § 42, 4 Abs.I; Kreß § 14, 3 B; Larenz § 12a II a; F. Leonhard SchR § 57 Abs.I; Oertmann vor § 262 Anm. 2 b Abs. II; Palandt-Danckelmann zu § 262 Anm. 3 d; Planck-Siber vor § 262 Anm. II 1; RGK-BGB-Nastelski zu § 262 Anm. 7; Schollmeyer vor § 262 Anm. 2 Abs.I, der von der Befugnis zur "Ablösung" der Verbindlichkeit spricht; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 262 Anm. 4; Staudinger-Werner vor § 262 Anm. I 4 Abs.II; Warneyer-Buchwald zu § 262 Anm. I d.

rechnungsrecht ein "Ablösungsrecht" (ius offerendi) dar,²¹⁾ das seinem Träger erlaubt, die Gefährdung seines Rechtes oder Besitzes an dem Verwertungsgegenstand dadurch abzuwenden, daß er die Gegenforderung auf den Verwertungsberechtigten überträgt und dafür dessen Recht erwirbt (Ablösungsrechtstheorie). Sowohl die Ersetzungsbefugnistheorie als auch die Ablösungsrechtstheorie fällt unter den weiteren Begriff der Erwerbsrechtstheorie. Diese liegt dem Bürgerlichen Gesetzbuch insofern zugrunde,²²⁾ als es die Aufrechnung gegen Forderungen in dem Abschnitt "Erlöschen der Schuldverhältnisse" (§§ 362-397) und die Aufrechnung gegen Verwertungsrechte im Zusammenhang mit dem Ablösungsrecht (vgl. insbesondere §§ 268 II; 1142 II; 1150; 1224; 1249, 2) behandelt.²³⁾ Ferner können hier die §§ 575, 1; 1125 BGB; 21 III KO genannt werden, die auf die "Entrichtung" bzw. die "Einziehung" des Miet- oder Pachtzinses verweisen. Die Erwerbsrechtstheorie hat zahlreiche Anhänger.²⁴⁾ Bekämpft wird

21) Vgl. zum Begriff des Ablösungsrechtes RGZ 146, 317 (324); 150, 58 (60); BGB-Motive 3. Bd. § 1081; Baur § 40 IV 1 a; Blomeyer Schr § 6 IV Abs.I; Eichler 2. Bd. S. 535; Enneccerus-Lehmann § 22 III Abs.I; Erman zu § 268 Anm. 1 und 3; Esser § 37, 3 Abs.I; Larenz § 17 III; Oertmann zu § 268 Anm. 2; Palandt-Danckelmann zu § 268 Anm. 1; Planck-Siber zu § 268 Anm. 1; RGRK-BGB-Nastelski zu § 268 Anm. 1; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 268 Anm. 1 und 3; Staudinger-Scherüßl Einleitung vor § 1113 Anm. 85 Abs.II; Westermann § 103 I 1; Wolff-Raiser § 140 V.

22) Im bürgerlichrechtlichen Schrifttum wird daher die Erwerbsrechtstheorie betont.

23) Vgl. auch § 422 I BGB.

24) Vgl. Paulus Dig. 50, 16, 76: " 'Dedissee' intellegendus est etiam is, qui ... compensavit. "; RGZ 80, 393 (394); 120, 280 (282); 124, 8 (10); BGH NJW 1955, 339 letzter Absatz; BGB-Motive 2. Bd. S. 108 Abs.III; KO-Materialien (Motive) S. 216 Abs.IV; Blomeyer Schr § 40 I 2; Enneccerus-Lehmann §§ 10 I 4 a.E. und 69 Abs.II; Erman-Westermann vor § 387 Anm. 1 Abs.II; Esser § 73, 1 Abs.IV; Feder §§ 36 Abs.II und 42 Abs.II; Fikentscher § 39 III 1 Abs.II; Hartlaub S. 108 Abs.III; Haudek I Abs.I; Heck Schr § 61a 9 Abs.I; Hilker § 2 Abs.I; Larenz § 27 III Abs.I; F. Leonhard BürgA §§ 13 a.A. und 14 Abs.IV a.A. sowie Schr § 315 Abs.II und III; Lippmann S. 478 a.E.; Oertmann AcP § 3 I Abs.I und Kommentar vor § 387 Anm. 6 c Abs.II; Palandt-Danckelmann zu § 387 Anm. 1; Patzelt S. 8 a.E.; Planck-Siber vor § 387 Anm. 2 b; Reichel Act 125, 178 (1 Abs.I); RGRK-BGB-Löcher vor § 387 Anm. 1 Abs.II; Schönke-Baur § 51 E I Abs.I; Siber § 17 I 3 Abs.V; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt vor § 387 Anm. 1; Staudinger-Werner vor § 387 Anm. I 1 Abs.I; Warneyer-Buchwald zu § 547 Anm. II a.F.; Weismann S. 2 Abs.II a.E..

sie insbesondere von Weigelin.²⁵⁾ Seine Ablehnung beruht im wesentlichen darauf, daß er die Frage der Wirkung der Aufrechnung nach Übertragung oder Belastung verkennt. Auf die Meinung von Weigelin ist daher zu unten § 15 A I zurückzukommen.²⁶⁾

III. Recht eigener Art

Die dritte Betrachtungsweise hinsichtlich der Art des Aufrechnungsrechtes wird vielfach übersehen, und sein Wesen infolgedessen als "janusköpfig" bezeichnet.²⁷⁾ Geht man aber davon aus, daß zwischen dem Verlust der Gegenforderung und dem Erwerb des Hauptrechtes kein Grund-Folge-Verhältnis besteht, daß vielmehr beide Ereignisse unmittelbare Folgen der Aufrechnung sind, so muß darauf verzichtet werden, das Aufrechnungsrecht einer der Arten des beschränkten dinglichen Rechtes zuzuordnen. Also stellt hier das Aufrechnungsrecht ein ebenfalls angelehntes, beschränktes dingliches "Recht eigener Art" dar. Die Eigenständigkeit des Aufrechnungsrechtes wird zwar von Lang hervorgehoben, der jedoch die Möglichkeit der übrigen Aufrechnungstheorien verkennt.²⁸⁾ Die vorliegende Betrachtungsweise soll "Eigenständig-

25) So § 3 Text zu Anm. 4 und 20; ferner Krückmann Z郑 S. 355 Abs.III. — Nach Kreß SS. 552 a.E. und 553 a.A. kann das Aufrechnungsrecht kaum mit einer Ersetzungsbefugnis des Schuldners verglichen werden, weil ihre Ausübung nur zum Eintritte des Annahmeverzuges, nicht zur Aufhebung der Schuld führe. Dieses Argument wird durch die Ausführungen zu unten § 14 A a.E. entkräftet.

26) Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß Kohler Z郑 § 2 Abs.IV die Aufrechnung als eine dem Hauptgläubiger erteilte Anweisung zur Selbstzahlung betrachtet. Diese sog. "Anweisungstheorie" kann als widerlegt angesehen werden, vgl. Feder § 37; Hilker S. 38 Abs.II; F. Leonhard BürgA § 14 Abs.II; Lippmann SS. 515 bis 521; Oertmann Recht SS. 33 bis 36, AcP S. 384 und Kommentar vor § 387 Anm. 6 Abs.I; Planck-Siber vor § 387 Anm. 2 b; Staudinger-Werner vor § 387 Anm. I 1 Abs.II; Warneier-Buchwald zu § 387 Anm. II a.E.; Weigelin § 4 I 3.

27) So Reichel AcP 125, 178 (1 Abs.I): "Die Aufrechnung trägt ein Janusantlitz."

28) Vgl. § 9 I und IV, wo eine Subsumtion der Aufrechnung unter andere juristische Kategorien abgelehnt wird.

keitstheorie" genannt werden. Sie muß sich damit begnügen, das für das Aufrechnungsrecht Kennzeichnende zu beschreiben. Seine Dinglichkeit läßt sich folgendermaßen wiedergeben: "Das Aufrechnungsrecht ist ein dem Gegengläubiger zustehendes Recht an dem Hauptrecht."

C. Der Mitübergang des Aufrechnungsrechtes bei Übertragung des Hauptrechtes

In den Vorschriften über die einzelnen beschränkten dinglichen Rechte fehlt eine ausdrückliche Regelung in Bezug auf den Mitübergang der Belastung bei Übertragung des belasteten Rechtes. Dieser ergibt sich nämlich schon aus der Dinglichkeit, an der das Gesetz keinen Zweifel läßt (vgl. insbesondere §§ 1018; 1030 I; 1090 I; 1094 I; 1105 I; 1113 I; 1191 I; 1204 I BGB). Strenggenommen ist es sogar falsch, überhaupt von "Mitübergang" zu sprechen. Denn das beschränkte dingliche Recht ist ein selbständiges Herrschaftsrecht und daher grundsätzlich von dem rechtlichen Schicksal der übrigen, an demselben Gegenstand bestehenden Herrschaftsrechte unabhängig. Sofern bei einem von diesen Begründung und Reife zu unterscheiden sind, kommt es für die Frage des Mitüberganges lediglich auf den Zeitpunkt der Begründung an (vgl. insbesondere §§ 1113 II; 1204 II BGB; 916 II; 930-932 ZPO). Für das Aufrechnungsrecht gilt somit aufgrund seiner Dinglichkeit folgendes: "Wird vor dem oder gleichzeitig mit dem Zeitpunkt der Übertragung des Hauptrechtes" (s.u. § 12 A II) "an diesem ein Aufrechnungsrecht begründet, so geht es mit dem Hauptrecht als dessen Belastung auf den neuen Hauptberechtigten über. Dieser Mitübergang wiederholt sich bei mehrmaliger Übertragung.²⁹⁾ Ob der neue Hauptberechtigte sein Recht kraft guten Glaubens lastenfrei erwirbt, hängt von dem Wesen dieses Rechtes ab. Ist das Hauptrecht eine Forderung, so findet nach bürgerlichem Recht

29) Vgl. BGB-Motive 2. Bd. S. 131 Text zu Anm. 1; Erman-Westermann zu § 406 Anm. 1; Heck SchR § 67, 2; Kegel § 11 I Abs. III; Oertmann zu § 406 Anm. 4; Palandt-Danckelmann zu § 406 Anm. 1 c; Planck-Siber zu § 406 Anm. 2 d; RGR-KGB-Löschner zu § 406 Anm. 10 Abs. II; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 406 Anm. 4; Staudinger-Werner zu § 406 Anm. III; Weigelin § 8 Text zu Anm. 64.

mangels Rechtsscheins ein Gutgläubensschutz nicht statt (§ 404 analog und argumentum e contrario § 405 BGB; anders unten §§ 17 B und 18 B II).³⁰⁾ Das Vorstehende ist zum Teil einer der Inhalte von § 406 BGB (s.u. § 10 B II). Diese Bestimmung befaßt sich außerdem mit dem Gutgläubensschutz des Schuldners (s.u. § 16 A I) und mit der Fälligkeit der Gegenforderung (s.u. § 21). Dem Vorstehenden entspricht § 406 BGB nur zum Teil, weil er sich nicht auf Hauptrechte im allgemeinen, sondern auf Hauptforderungen im besonderen bezieht.

§ 9 Gegenseitigkeit

Ü b e r s i c h t

A. Die Gegenseitigkeit als Mittel zur Verwirklichung des Bestimmtheitsgrundsatzes	57
I. Der Entstehungsstatbestand des Aufrechnungsrechtes	57
1. Die Unanwendbarkeit anderer Mittel	57
2. Die Entwicklung des Begriffes der Gegenseitigkeit	58
II. Die Unzulänglichkeit der gesetzlichen Regelung	59
B. Die Gegenseitigkeit bei der Aufrechnung gegen akzessorische Verwertungsrechte	60
I. Gleichzeitige Belastung mit dem Aufrechnungsrecht	60
II. Widerlegung der Gegenmeinung	61
C. Keine Aufrechnung mit Verwertungsrechten	63
I. Der Begriff des rechtlichen Wertes	63
II. Ergebnis	63
D. Das Fehlen eines berechtigten Interesses an dem Aufrechnungsrecht	64
E. Ergebnis	66

30) Dennoch kommt ein schuldrechtlicher Schutz des neuen Hauptberechtigten in Betracht, s.u. § 16 C.

A. Die Gegenseitigkeit als Mittel zur Verwirklichung
des Bestimmtheitsgrundsatzes
I. Der Entstehungstatbestand des Aufrechnungsrechtes
1. Die Unanwendbarkeit anderer Mittel

Zum Begriff des Herrschaftsrechtes (s.o. § 8 A a.A.) gehört die Bestimmtheit von Rechtsgegenstand und Rechtsträger (Bestimmtheitsgrundsatz).¹⁾ Das Aufrechnungsrecht ist ein Herrschaftsrecht, das das Hauptrecht belastet (s.o. § 8 A und B a.A.) und an die Gegenforderung angelehnt ist (s.o. § 8 B I 1, II 1 und III). Folglich muß der Entstehungstatbestand des Aufrechnungsrechtes Hauptrecht und Gegenforderung bestimmen. Darüber hinaus müssen alle dinglichen Tatbestände dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung tragen. Als "dinglich" werden solche Tatbestände bezeichnet, deren Rechtsfolge die Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Herrschaftsrechten ist. Die dinglichen Tatbestände lösen die genannte Aufgabe auf verschiedenartige Weise: Ist der dingliche Tatbestand ein einseitiges Rechtsgeschäft (vgl. z.B. §§ 875 I 1; 928 I; 959 BGB; 12 I 1 PatG), so ist es erforderlich, daß die in ihm enthaltene Willenserklärung den Rechtsgegenstand genau angibt. Handelt es sich um einen dinglichen Vertrag (vgl. z.B. §§ 413; 398; 1069 I; 1274 I 1; 873 I; 929, 1 BGB), so hat die Bestimmung in der Einigung zu erfolgen. Bei sachenrechtlichen Tatbeständen dienen auch Grundbuch und Besitz der Verwirklichung des Bestimmtheitsgrundsatzes (vgl. z.B. §§ 873 I; 929, 1; 875 I 1; 928 I; 959; 928 II 2; 958 I; 647 BGB; 808 I; 867 I 1 ZPO). Ist der dingliche Tatbestand ein

1) Vgl. RGZ 52, 385 (389); 103, 151 (154); 113, 57 (59); 127, 337 (340); 129, 61 (62); 132, 183 (187); BGHZ 21, 52 (55); 28, 16 (19); Baur § 4 III; Dreher S. 354 Abs. II; Eichler 1. Bd. S. 61 Abs. II; Enneccerus-Nipperdey § 73 I 1; Erath S. 349 Abs. II; J. v. Gierke SR § 56 I 1 d; Planck-Strecke vor § 873 Anm. V 4; RGRK-BGB-Pritsch vor § 873 Anm. 27; Soergel-Siebert-Mühl Einleitung vor § 854 Anm. 28; Staudinger-Seufert vor § 873 Anm. 17; Warneier-Buchwald vor § 873 Anm. III 5; Westermann § 3 II 1; Wolff-Raiser § 51 IV 4 und Anm. 29. — Daß der Bestimmtheitsgrundsatz auch für Forderungen gilt, erhellt daraus, daß an ihnen Eigentum im weiteren Sinne (s.o. § 8 B II 1 a.A.) sowie beschränkte dingliche Rechte (s.o. § 8 A und B a.A.) bestehen können. Siehe auch unten § 10 Anm. 14 bis 16.

Hoheitsakt, z.B. eine Beschlagnahme (s.o. § 4 A), so muß der Beschluß dem angeführten Erfordernis genügen. Der Entstehungstatbestand des Aufrechnungsrechtes ist ebenfalls dinglich. Aber er ist weder rechtsgeschäftlich noch hoheitlich noch sachenrechtlich gestaltet, selbst wenn das Hauptrecht einmal ein sachenrechtliches Verwertungsrecht sein sollte. Daher scheiden hier die obigen Mittel zur Verwirklichung des Bestimmtheitsgrundsatzes aus.

2. Die Entwicklung des Begriffes der Gegenseitigkeit

Das Aufrechnungsrecht entsteht kraft "Gesetzes". Deshalb müssen sich Hauptrecht und Gegenforderung selbsttätig bestimmen. Dies geschieht durch die Gegenseitigkeit, also durch den Eintritt einer bestimmten Beziehung zwischen Hauptrecht und Gegenforderung. Diese Beziehung verlangt stets, daß der Hauptberechtigte Schuldner der Gegenforderung ist. Bei dem Gegengläubiger ist jedoch zu unterscheiden, ob das Hauptrecht eine Forderung oder ein Verwertungsrecht ist: Im Falle einer Forderung muß er deren Schuldner sein, im Falle eines Verwertungsrechtes muß ihm ein Recht oder Besitz an dem Verwertungsgegenstand zustehen. Daß der Besitz ausreicht, ließe sich schon einem weiteren Begriff des Sachenrechtes entnehmen. Folgt man aber der engen Fachsprache des Gesetzes, so bedarf der Besitz besonderer Erwähnung (vgl. § 268 I 2 BGB). Die Bezeichnung "Gegenseitigkeit" stimmt sowohl mit dem rechtswissenschaftlichen als auch mit dem allgemeinen Sprachgebrauch überein, sofern das Hauptrecht eine Forderung ist. Ist es dagegen ein Verwertungsrecht, so paßt diese Bezeichnung eigentlich nicht. Da sich jedoch keine geeignetere anbietet, soll auch hier von Gegenseitigkeit die Rede sein. Sie ist folglich dasjenige Merkmal des Entstehungstatbestandes des Aufrechnungsrechtes, das den Bestimmtheitsgrundsatz verwirklicht.²⁾ Wie die Gegenseitigkeit zustande kommt, ist gleichgül-

2) Vgl. Esser § 73, 3 a aa, der das Erfordernis der Gegenseitigkeit aus dem "Verfügungscharakter" der Aufrechnung erklärt. Kegel § 5 III sieht den Grund dafür in der "Billigkeit". Nach F. Leonhard SchR § 316 Abs. I a.A. ist das Erfordernis der Gegenseitigkeit durch die Natur der Aufrechnung als vereinfachte Vollstreckung geboten. - Vgl. ferner Börner B II zur Bestimmtheit der Gegenforderung bei der vertraglichen Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten im Rahmen von Konzernverrechnungsklauseln, die oft Bestandteil allgemeiner Geschäftsbedingungen sind.

tig: ob durch Rechtsübertragung oder Schuldübernahme, ob durch eine Veränderung auf der einen oder anderen Seite, ob mit oder ohne deren Mitwirkung, ob kraft Rechtsgeschäftes, Hoheitsaktes oder "Gesetzes".³⁾ Sind ausnahmsweise mehrere Hauptrechte oder Gegenforderungen gegeben, so genügt die Gegenseitigkeit allein nicht: Eine weitere Bestimmung ist erforderlich (vgl. § 396 BGB). Die sich daraus ergebenden Rechtsfragen stehen aber nicht in einem notwendigen Zusammenhang mit der Aufrechnung nach Übertragung oder Belastung und gehören deshalb nicht in den Rahmen der vorliegenden Untersuchung. Gleichwohl ist dieser Ausnahmefall insofern bemerkenswert, als er bestätigt, welche Aufgabe die Gegenseitigkeit in der Regel selbständig erfüllt: Die Verwirklichung des Bestimmtheitsgrundsatzes!

II. Die Unzulänglichkeit der gesetzlichen Regelung

Die Erkenntnis der inhaltlichen Gleichheit der Darlegungen zu oben I und der gesetzlichen Regelung wird dadurch erschwert, daß diese einerseits Zusammengehöriges trennt, andererseits Nichtzusammengehöriges vereint: Die Gegenseitigkeit zwischen Hauptforderung und Gegenforderung wird in § 387 BGB behandelt, während die Gegenseitigkeit zwischen Verwertungsrecht und Gegenforderung in den Vorschriften über das Ablösungsrecht zu finden ist (vgl. insbesondere §§ 268 I, II; 1142; 1150; 1223 II; 1224; 1249 BGB). Außerdem befaßt sich jedoch § 387 BGB mit der Gleichartigkeit (s.u. § 11) sowie mit der Fälligkeit der Gegenforderung und der Erfüllbarkeit der Hauptforderung (s.u. § 13). Das wirft die Frage auf, ob die Unterscheidung zwischen Begründung und Reife des Aufrechnungsrechtes überhaupt berechtigt ist und, gegebenenfalls, ob das Gesetz sie anerkennt (s.u. § 10 B). Aber auch die Vorschriften über das Ablösungsrecht beschäftigen sich

3) Man vergleiche hierzu § 55 Ziffer 3 Abs. I Satz 1 KO: "... eine Forderung an den Gemeinschuldner durch ein Rechtsgeschäft mit demselben oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben hat, ...", ferner § 55, 2 KO: "..., auch wenn diese Forderung vor der Eröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war;". Vgl. auch BGHZ 35, 317 (325), wo die Gegenseitigkeit durch Schuldübergang bei der Gegenforderung zustande kam.

nicht nur mit der Gegenseitigkeit, sondern ebenso mit der Ablösbarkeit des Hauptrechtes (s.u. § 13 B) und mit der Gefährdung des Rechtes oder Besitzes des Gegengläubigers an dem Verwertungsgegenstand durch das Verwertungsrecht (s.u. D).

B. Die Gegenseitigkeit bei der Aufrechnung gegen
akzessorische Verwertungsrechte

I. Gleichzeitige Belastung mit dem Aufrechnungsrecht

"Akzessorisch" ist ein Verwertungsrecht dann, wenn es zu seinem Inhalt gehört, der Sicherung einer Forderung zu dienen.⁴⁾ Eine Folge der Akzessorietät ist es, daß die Forderung und das Verwertungsrecht stets gleichzeitig übertragen (vgl. insbesondere §§ 401 I; 412; 1153 I; 1250 I 1 BGB) oder belastet (vgl. insbesondere §§ 883 I 1; 1069 I; 1274 I 1 BGB) werden, es sei denn, daß das Verwertungsrecht bei der Übertragung oder Belastung erlischt (vgl. insbesondere § 1250 I 2, II gegenüber § 1153 II BGB). Es wurde nachgewiesen, daß das Aufrechnungsrecht eine Belastung des Hauptrechtes darstellt (s.o. § 8 A und B a.A.). Handelt es sich um ein akzessorisches Verwertungsrecht, so kann folglich weder allein an diesem noch allein an der Forderung ein Aufrechnungsrecht bestehen. Vielmehr muß es aufgrund der Akzessorietät beide Rechte belasten.⁵⁾ Demnach ist ein "primäres" und ein "sekundäres" Hauptrecht zu unterscheiden: Primär ist ein Hauptrecht, dessen Belastung durch die Gegenseitigkeit bewirkt wurde, sekundär ein Hauptrecht, dessen Belastung auf der Akzessorietät beruht. Drei Fälle sind denkbar: Entweder ist die Forderung primäres und das Verwertungsrecht sekundäres Hauptrecht, oder das Verwertungsrecht ist primäres und die Forderung sekundäres Hauptrecht, oder beide Rechte sind primäre Hauptrechte.

4) S.o. § 8 Anm. 6.

5) Anders nur, wenn die Akzessorietät wie bei der Verkehrshypothek durchbrochen ist, s.u. § 17 A II 1 und B II.

II. Widerlegung der Gegenmeinung

Im Falle der Aufrechnung gegen ein primäres Verwertungsrecht und eine sekundäre Forderung ist die gesetzliche Regelung irreführend: Das Bürgerliche Gesetzbuch geht, wie schon zu oben § 8 B II 2 ausgeführt wurde, von der Erwerbsrechtstheorie, hier von der Ablösungsrechtstheorie, aus. Aber es stellt den Erwerb der Forderung als primäres, den Erwerb des Verwertungsrechtes dagegen als sekundäres Ereignis hin. Das geschieht einmal dadurch, daß das Gesetz den § 268 BGB infolge seines räumlichen Zusammenhanges mit § 267 BGB als einen Sonderfall der Dritterfüllung erscheinen läßt,⁶⁾ zum anderen dadurch, daß es nur den Übergang der Forderung anordnet (vgl. insbesondere §§ 268 III 1; 1143 I 1; 1150; 1125, 1; 1249, 2 BGB). Der gleichzeitige Mitübergang des Verwertungsrechtes ist selbstverständlich, sofern dieses akzessorisch ist (s.o. I). Daraus erhellt auch der wahrscheinliche Grund der gesetzlichen Umkehrung von "primär" und "sekundär". Denn bei akzessorischen Verwertungsrechten ist die Forderung das Primäre, das Hauptrecht, und das Verwertungsrecht das Sekundäre, das Nebenrecht. Die Mangelhaftigkeit der gesetzlichen Regelung wird offenbar, wenn das Verwertungsrecht nichtakzessorisch, wenn es z.B. eine Grundschild ist. Kein Streit herrscht hier über die Zulässigkeit und Ausgestaltung der Ablösung, sondern lediglich über deren gesetzliche Grundlage.⁷⁾ Die gesetzli-

6) Auf die Dritterfüllung kann erst zu unten § 23 B eingegangen werden.

7) Vgl. RGZ 60, 247 (251); 78, 60 (68); RG Warn Rspr 1934 Nr. 93 (S. 202); KGJ 35 A 327 (329); insbesondere zur Aufrechnung gegen eine Grundschild RGZ 78, 398 (409); RG JW 1910, 704²; 1914, 196¹³ (197); Warn Rspr 1914 Nr. 323; vgl. ferner § 1139b des zweiten Entwurfs (E II B) der Redaktionskommission (BGB-Protokolle 4. Bd. S. 505): "Der Eigenthümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Grundschild fällig geworden ist. Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen." (Absatz) "Soweit der Eigenthümer den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschild unbeschadet der Vorschriften des § 1142t auf ihn über. Im Falle theilweiser Befriedigung kann der dem Eigenthümer zufallende Theil der Grundschild nicht zum Nachtheile des dem Gläubiger verbleibenden Theiles geltend gemacht werden."; vgl. schließlich Baur § 44 VI 1 Abs. I und II; Eichler 2. Bd. S. 507 Anm. 35 und Text dazu; Erman-

che Regelung ist also geeignet, dazu zu verführen, bei der Aufrechnung gegen primäre akzessorische Verwertungsrechte die sekundäre Forderung als primäres, wenn nicht sogar als einziges, Hauptrecht anzusehen, daher eine Ausnahme von dem Erfordernis der Gegenseitigkeit anzunehmen⁸⁾ und somit die Frage der Begründung des Aufrechnungsrechtes zu verkennen.⁹⁾

Westermann zu §§ 1191; 1192 Anm. 9 Abs.I; Palandt-Hoche zu § 1191 Anm. 2 b bb; Planck-Strecker zu § 1192 Anm. 6 h; RGRK-BGB-Schuster zu § 1191 Anm. 8; Soergel-Siebert-Baur zu § 1191 Anm. 6; Staudinger-Scherübl zu § 1192 Anm. 9e; Warneyer-Buchwald zu § 1142 Text zu Anm. 9 und zu § 1143 Text zu Anm. 28; Westermann § 115 II 2 b; Wolff-Raiser § 156 Anm. 11 und Text dazu.

8) So RGZ 78, 382 (384); Börner Text zu Anm. 4; Enneccerus-Lehmann § 70 I 1 a; Erman-Westermann zu § 387 Anm. 1 Abs.IV; Esser § 73, 3 a cc; Hilker § 5, 2 Abs.II; Jaeger-Lent zu § 53 Anm. 8 Abs.II; Kreß S. 554 a.E.; Larenz § 27 III a 1; F. Leonhard SchR § 113 Abs.I; Oertmann zu § 387 Anm. 1 a Abs.I; Palandt-Danckelmann zu § 387 Anm. 4 a und Palandt-Hoche zu § 1142 Anm. 3 b; RGRK-BGB-Löscher zu § 387 Anm. 4 Abs.I und Anm. 11; Schollmeyer zu § 387 Anm. 1 a Abs. IV; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 387 Anm. 4; Staudinger-Werner zu § 387 Anm. I 1 Abs.II; Weigelin § 4 II Abs.III; Weismann S. 5 Abs.IV. Richtig dagegen Siber § 70 I 2 c Abs.VI unter treffendem Hinweis auf Grundschild, Rentenschuld und Reallast. Ebenso Lang § 1 Abs.II und III.

9) Aus dieser Sicht bekämpft Oertmann die Verwertungsrechtstheorie, indem er (AcP § 2, 2 a) behauptet, sie erfordere "mit begrifflicher, unerbittlicher Notwendigkeit eine gerade gegen den Aufrechnenden selbst gerichtete" Hauptforderung (S. 386 Abs. II). Daher werde die Verwertungsrechtstheorie durch §§ 268; 1142 BGB "entwurzelt" (S. 390 Abs. I und II). Hier werde der Aufrechnende nicht befriedigt, weil er "gar keinen Gegenwert" erlange. In Wahrheit vollzieht sich in dem vorliegenden Falle die Befriedigung des aufrechnenden Gegengläubigers nicht anders als sonst, nämlich durch Erwerb des Hauptrechtes (s.u. § 15 A I) bzw. der Hauptrechte (s.u. § 15 B I). Daß die Meinung, die das Aufrechnungsrecht als "Pfandrecht an der eigenen Schuld" bezeichnet, korrekturbedürftig ist, wurde bereits zu oben § 8 B I 2 gezeigt. Der voraussehbare Kritik Oertmanns versucht Weigelin § 4 II dadurch zu entgehen, daß er die Aufrechnung gegen primäre Verwertungsrechte von seiner Untersuchung ausschließt.

C. Keine Aufrechnung mit Verwertungsrechten

I. Der Begriff des rechtlichen Wertes

Nach § 387 BGB muß das dem Aufrechnungsberechtigten zustehende Recht eine Forderung sein. Die angeführte Vorschrift ist, wie zu oben § 1 B IV nachgewiesen wurde, insofern unzuverlässig, als sie nur von Hauptforderungen handelt und diejenigen Fälle unberücksichtigt läßt, in denen das Hauptrecht ein Verwertungsrecht ist. Folglich ist zu prüfen, ob Ähnliches für die Gegenforderung gilt, ob außer mit Forderungen auch mit Verwertungsrechten aufgerechnet werden kann. Zur Beantwortung dieser Frage ist es erforderlich, zwischen dem Nennwert und dem zu unterscheiden, was hier als "der rechtliche Wert" bezeichnet werden soll. Unter dieser Bezeichnung wird derjenige Wert verstanden, den das objektive Recht dem Rechtsträger im Zwangswege zugesteht. Bei Forderungen ist der Nennwert gleich dem rechtlichen Wert. Anders bei den dinglichen Verwertungsrechten, wo infolge eines niedrigen Verwertungserlöses oder infolge der Rangverhältnisse der rechtliche Wert unter dem Nennwert liegen kann. Dieser hat lediglich die Aufgabe einer Festlegung der Höchstgrenze und des Ablösungsbetrages.

II. Ergebnis

Gleichgültig, ob man von der Verwertungsrechtstheorie, der Erwerbsrechtstheorie oder der Eigenständigkeitstheorie ausgeht, allemal besteht die Wirkung der Aufrechnung darin, daß im Austausch das Hauptrecht auf den Gegenberechtigten und das Gegenrecht auf den Hauptberechtigten zum Nennwert übergeht (s.o. § 8 B a.A.). Sind das Gegenrecht und das Hauptrecht Forderungen, so ist der rechtliche Wert des einen gleich dem des anderen. Ist das Gegenrecht eine Forderung und das Hauptrecht ein Verwertungsrecht, so kann dessen rechtlicher Wert unter dem der Gegenforderung liegen. Der Aufrechnungsberechtigte gibt also unter Umständen mehr als er bekommt. Deshalb kann ihm die Aufrechnung nicht verwehrt sein. Im umgekehrten Falle muß sie es sein, weil hier der Aufrechnungsberechtigte unter Umständen weniger gäbe als er

bekäme. Zudem steht der rechtliche Wert eines Verwertungsrechtes endgültig erst nach der Verwertung fest. Folglich ist die Aufrechnung mit einem Verwertungsrecht ausgeschlossen, d.h. nur mit einer Forderung möglich.¹⁰⁾

D. Das Fehlen eines berechtigten Interesses an dem Aufrechnungsrecht

Das Aufrechnungsrecht ist als Herrschaftsrecht (s.o. § 8 A) ein "subjektives Recht", eine Rechtsmacht, die einer bestimmten Person von der Rechtsordnung zum Zwecke des Schutzes berechtigter Interessen gewährt wird.¹¹⁾ Durch das Aufrechnungsrecht werden zwei berechnigte Interessen seines Trägers geschützt: nach der Verwertungsrechtstheorie (s.o. § 8 B I) das Interesse an der Sicherung der Gegenforderung, nach der Erwerbsrechtstheorie (s.o. § 8 B II) das Interesse an dem Erwerb des Hauptrechtes zur Abwendung der von diesem ausgehenden Gefahr. Fehlt bei einem subjektiven Recht das berechnigte Interesse, so ist

10) So im Ergebnis, wenn auch meist mit der Begründung, es fehle bei der Aufrechnung mit einem Verwertungsrecht an der Gleichartigkeit: RG JW 1914, 402³; Warn Rspr 1914 Nr. 323; OLG Königsberg 12, 305 (306); BGB-Protokolle 3. Bd. S. 767 XIV und 4. Bd. SS. 602, 603 XXIV; Enneccerus-Lehmann § 70 IV Abs.II; Erman-Westermann zu § 1142 Anm. 3 Abs.I; Lang § 1 Abs.II; Oertmann zu § 387 Anm. 1 b Abs.IV; Palandt-Hoche zu § 1142 Anm. 3 b; Planck-Strecker zu § 1142 Anm. 5 c Abs.IV; RGRK-BGB-Schuster zu § 1142 Anm. 7; Siber § 10 I 2 a Abs.VII; Soergel-Siebert-Baur zu § 1142 Anm. 4; Staudinger-Scherübl zu § 1142 Anm. 2c; Warneyer-Buchwald zu § 387 Text zu Anm. 35; Westermann § 103 II 1 Abs.III; Wolff-Raiser § 140 Anm. 17; a.M. vor allem Jaeger-Lent zu § 53 Anm. 6; vgl. ferner Böhle-Stamschröder zu § 53 Anm. 3 a.E.; Mentzel-Kuhn zu § 53 Anm. 6; RGRK-BGB-Löschner zu § 387 Anm. 19 Abs.I.

11) Vgl. zum Begriff des subjektiven Rechtes Enneccerus-Nipperdey § 72 Abs.I; Lehmann § 10 IV; v. Tuhr AT § 1 III.

die Rechtsausübung zweckwidrig und daher unzulässig.¹²⁾ Der "Einwand der unzulässigen Rechtsausübung" gehört in die Lehre vom "Rechtsmißbrauch". Hierüber enthält das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 2 II) keine Sondervorschrift.¹³⁾ Gleichwohl wurde diese Lehre für das deutsche Recht aus zahlreichen Einzelvorschriften, vor allem aus § 242 BGB, entwickelt.¹⁴⁾ Als Einzelvorschriften, denen der Gedanke des Rechtsmißbrauches zugrunde liegt, können unter anderem §§ 268 I; 1150; 1249, 1 BGB betrachtet werden. Denn sie verlangen in Bezug auf das Ablösungsrecht, daß sein Inhaber "Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht" oder Besitz (§§ 268 I 2; 1150 BGB) "an dem Gegenstande zu verlieren", (§§ 268 I 1; 1150 BGB) bzw. daß der Ablösungsberechtigte "durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde" (§ 1249, 1 BGB). Dieses Erwerbsinteresse ist nicht nur für das Ablösungsrecht, sondern auch für die Ersetzungsbefugnis entscheidend. Bei dem Aufrechnungsrecht kommt noch das Sicherungsinteresse hinzu. Angesichts des heutigen Standes der Lehre vom Rechtsmißbrauch bedarf der Fall, daß ein berechtigtes Interesse an dem Aufrechnungsrecht fehlt, keiner besonderen Regelung. Er ist vielmehr nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen. Jedoch wird der Aufrechnungsberechtigte, der weder ein Sicherungsinteresse noch ein Erwerbsinteresse hat, ohnehin die Aufrechnung

12) Vgl. RGZ 74, 151 (155); 111, 405 (409); 126, 383 (385); 169, 180 (183); BGH LM zu § 610 BGB Nr. 1; Enneccerus-Nipperdey §§ 72 II a.E. und 239 III 5; Erman zu § 242 Anm. III 3 b cc; Esser § 34, 5 a und 8 Abs.I; Soergel-Siebert zu § 242 Anm. C I 6; Staudinger-Weber zu § 242 Anm. D 44.

13) Art. 2 ZGB-Schweiz lautet wie folgt: "Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln." (Absatz) "Der offenbare Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz."

14) Vgl. RGZ 107, 357 (363); 135, 374 (376); 146, 385 (396); 152, 147 (150); 160, 349 (357); 169, 180 (183); BGHZ 3, 94 (103); 12, 154 (157); Enneccerus-Nipperdey § 239 III 4; Lehmann § 15 I 2 c Abs.VII; RGRK-BGE-Johannsen zu § 226 Anm. 9; Soergel-Siebert vor § 226 Anm. 11 und 12; Staudinger-Weber zu § 242 Anm. D 35 Abs.I.

meist unterlassen, so daß der Frage der Unzulässigkeit der Ausübung des Aufrechnungsrechtes keine große praktische Bedeutung beizumessen sein dürfte. Außerdem beschränkt sich die Ausübungshandlung auf die Abgabe einer Willenserklärung, die als solche niemanden belästigt.

E. Ergebnis

Zwar wird ausnahmsweise von dem Gesetz trotz des Vorliegens von Gegenseitigkeit die Entstehung des Aufrechnungsrechtes verhindert, wenn die Hauptforderung besondere Eigenschaften aufweist, so namentlich bei bestimmten deliktischen, unpfändbaren oder fiskalischen Hauptforderungen (§§ 393-395 BGB). Von einer Erörterung dieser Ausschußtatbestände ist aber abzusehen, weil sie die Schranken der vorliegenden Untersuchung überschreiten würde. Die Funktion der Gegenseitigkeit läßt sich also folgendermaßen zusammenfassen: "Das Aufrechnungsrecht wird begründet durch den Eintritt der Gegenseitigkeit zwischen Hauptrecht und Gegenforderung. Ist das Hauptrecht ein Verwertungsrecht, so liegt Gegenseitigkeit vor, wenn dem Gegengläubiger ein Recht oder Besitz an dem Verwertungsgegenstand zusteht."

§ 10 Entwicklungsstufen

Ü b e r s i c h t

A.	Begriff	67
I.	Anwartschaft und Vollrecht	67
II.	Begründung und Reife	68
B.	Die Entwicklungsstufen des Aufrechnungsrechtes	70
I.	Die Unterscheidung zwischen Begründung und Reife	70
II.	Die gesetzliche Grundlage der Unterscheidung	71
III.	Die Vereinbarkeit der Unterscheidung mit den Aufrechnungstheorien	71
C.	Die Entwicklungsstufen der an der Aufrechnung beteiligten Rechte	73
I.	Die Bestimmtheit künftiger Anwartschaften	73
II.	Das Hauptrecht	74
III.	Die Gegenforderung	75
D.	Ergebnis	76

A. Begriff

I. Anwartschaft und Vollrecht

Auf den Erwerb von Rechten hat die Rechtswissenschaft die Vorstellung eines natürlichen Wachstums übertragen. Danach vollzieht sich der Rechtserwerb, vom "Nichtrecht" zum "Vollrecht", nicht sprunghaft, sondern durch stetige Entwicklung. Die Entwicklungsstufen heißen "Anwartschaften".¹⁾ Hinsichtlich ihrer Nähe zum Vollrecht sind "künftige" und "gegenwärtige" Anwartschaften zu unterscheiden. Diese Unterscheidung setzt den Begriff des "Anwartschaftserwerbs" voraus. Dieser ist im Gegensatz zum "Vollrechtserwerb" schon dann anzunehmen, wenn der Erwerbstatbestand soweit erfüllt ist, daß seine völlige Erfüllung nur bis zu einem zukünftigen, gewissen oder ungewissen, Ereignis aufgeschoben wird. Nach dem Anwartschaftserwerb handelt es sich um gegenwärtige, davor um künftige Anwartschaften. Innerhalb der gegenwärtigen Anwartschaften sind wiederum "befristete" und "bedingte" zu unterscheiden, je nachdem, ob das zukünftige Ereignis gewiß oder ungewiß ist. Dagegen soll die gekünstelte und unbrauchbare Unterscheidung zwischen "befristet"²⁾ und "betagt"³⁾ nicht übernommen werden.⁴⁾ Beide Bezeichnungen sind als gleich-

1) Vgl. BGHZ 28, 16 (21 a.E.); 30, 374 (377); 34, 122 (125 a.A.); 35, 85 (89 und 93); Eichler 2. Bd. S. 120 a.E.; Ennecerus-Nipperdey § 82 I und II 4; Erman-Hefermehl zu § 158 Anm. 3; Lehmann § 12 II 4; Palandt-Hoche zu § 929 Anm. 6 B b Abs.I; Raiser Dingliche Anwartschaften SS. 4 Abs.I und 64 Abs.III; RGRK-BGE-Kuhn zu § 455 Anm. 20; Schwister JW 1933, 1762 (1764 Abs.III) Anm. zu RGZ 140, 223 mit seiner treffenden Formulierung, die Anwartschaft sei im Verhältnis zum Vollrecht "kein aliud, sondern höchstens ein wesensgleiches minus."; Serick Eigentumsvorbehalt § 11 I 2 Abs.II; Soergel-Siebert-Seydel zu § 158 Anm. 18; Staudinger-Coing vor § 158 Anm. 21 Abs.I; v. Tuhr AT § 9 I; Westermann § 5 III 3 a Abs.I; Wolff-Raiser § 2 II 3.

2) d.h. begründet, aber noch nicht entstanden.

3) d.h. entstanden, aber noch nicht fällig.

4) Für die Unterscheidung § 141 E I BGB und BGB-Motive 1. Bd. S. 269 Abs.III; Erman-Hefermehl zu § 163 Anm. 5; Gareis-Oertmann zu § 163 Anm. 4 c; Hahnzog § 4 III 3 Abs. III; Kieß B. 394 Anm. 1 und Text dazu; Lehmann §§ 13 I 3 Abs.II und 35 B I 2; Mentzel-Kuhn zu § 65 Anm. 6 und 7; Palandt-Danckelmann vor § 158 Anm. 5; Soergel-Siebert-Seydel zu § 163 Anm. 3; v. Tuhr AT § 83 II Abs.IV; Warneier-Buchwald zu § 163 Anm. I Abs.II.

bedeutend zu betrachten.⁵⁾ Die Ausdrücke "befristet" und "bedingte" werden in einem weiteren Sinne als dem des Bürgerlichen Gesetzbuches verwendet, das sie allein auf Willenserklärungen bezieht (§§ 158; 163 BGB).⁶⁾ Treffen mehrere Erwerbstatbestände zusammen, so können die obigen Begriffe mehrfach vorkommen.

II. Begründung und Reife

Manchmal bleibt die Bezeichnung für das zu erwerbende Recht auf das Vollrecht beschränkt, manchmal wird sie jedoch auf dessen Anwartschaft ausgedehnt. Die Ausdehnung ist unbedenklich, solange sie nicht zu Mißverständnissen führt. Solche sind ausgeschlossen, wenn ein dem zu erwerbenden gleiches Recht vorher nicht einem anderen zustand. Das ist vornehmlich bei der Begründung von Forderungen und Verwertungsrechten der Fall.⁷⁾ Hier wird die Anwartschaftsbegründung, ein Unterfall des Anwartschaftserwerbs (s.o. I), zur "Rechtsbegründung", die gegenwärtige Anwartschaft zum "gegenwärtigen Recht" und die künftige Anwartschaft zum "künftigen Recht".⁸⁾ Allerdings muß nun eine neue

5) So BGB-Protokolle 1. Bd. S. 186 VIII und 2. Bd. S. 694 vorletzter Absatz; Enneccerus-Nipperdey § 199 Anm. 5; F. Leonhard SchR § 107 Abs. IV a.E.; R. Leonhard AT § 91 III; Planck-Flad zu § 163 Anm. 4; RGRK-BGB-Kuhn zu § 163 Anm. 1; Staudinger-Going zu § 163 Anm. 4 Abs. II; Windscheid-Kipp § 96a I 2 a.E..

6) Unter "Bedingungen" werden also auch sog. "Rechtsbedingungen" verstanden, s.u. Anm. 22.

7) Über betagte Forderungen vgl. Enneccerus-Nipperdey §§ 82 II 1 und 199 II; RGRK-BGB-Kuhn zu § 163 Anm. 1; ferner über betagte Forderungen im engeren Sinne das zu oben Anm. 4 angeführte Schrifttum; vgl. auch den Begriff der "Zurückdatierung" bei v. Tuhr AT § 43 VI.

8) Anders als bei dem Pfandrecht für eine bedingte Forderung, wird jedoch bei bedingter Einigung über die Pfandbestellung nicht von einem gegenwärtigen Pfandrecht gesprochen, vgl. Baur § 55 B II 2 b Abs. I; J. v. Gierke SR § 62 IV 2 Abs. II; Planck-Flad zu § 1204 Anm. 2 b Abs. VI; Soergel-Siebert-Augustin zu § 1204 Anm. 23 Abs. I und zu § 1205 Anm. 9; Staudinger-Spreng zu § 1204 Anm. 11 Abs. I; Warneyer-Buchwald zu § 1204 Anm. IV Abs. III; Westermann § 128 III 2 Abs. I; Wolff-Raiser §§ 162 I 3 Abs. I und 163 I 1 Abs. IV a.E.; a.M. RGRK-BGB-Kregel zu § 1204 Anm. 10 a.E., der wegen der Akzessorietät die Pfandrechte für künftige, betagte und bedingte Forderungen "keine wirklichen Pfandrechte, sondern Rechtsgebilde, die sich zu wirklichen Pfandrechten entwickeln können," nennt. Nur aus Gründen des Verkehrsbedürfnisses würden sie vom Gesetz auch während des Schwebezustandes als Pfandrechte bezeichnet und behandelt.

Bezeichnung für die Vollrechtsbegründung gefunden werden. Nach dem Vorbild des natürlichen Wachstums spricht man von dem Eintritt der "Reife" (vgl. zum Begriff der "Pfandreife" vor allem §§ 1204 II; 1228 II BGB) oder einfach von dem der "Fälligkeit" bzw. "Ausübbarkeit" (vgl. statt vieler §§ 272; 1193 I 1 BGB). Dementsprechend wird die gegenwärtige Anwartschaft "nichtreifes", "nichtfälliges" oder "unausübbares", das Vollrecht "reifes", "fälliges" oder "ausübbares" Recht genannt. Aus dem Wesen des natürlichen Wachstums ergibt sich, daß jede weitere Entwicklungsstufe an die Stelle der vorhergehenden, daß schließlich das Vollrecht unmittelbar an die Stelle der Anwartschaft tritt (Surrogation).⁹⁾ "Unmittelbar" heißt, daß das Vollrecht nicht zunächst von einem früheren Anwartschaftsberechtigten erworben wird, um dann erst auf den späteren überzugehen (Durchgangserwerb.¹⁰⁾ Ferner finden auf Anwartschaften die Vorschriften

9) Für Unmittelbarkeit BGHZ 20, 88 (100); 28, 16 (22); 30, 374 (377); 35, 85 (87); Baur § 59 V 2 Abs.V; Böhle-Stamschräder vor § 1 Anm. XI 1 a; Boehmer Grundlagen 2. B. Abt. S. 151 Abs.II; Eichler 2. Bd. S. 123 Abs.II; Enneccerus-Nipperdey § 197 II 4 a; Erman-Böhle-Stamschräder zu § 455 Anm. 4 c Abs. II; Esser § 108, 5 a; Lehmann § 35 A VI 1 a Abs.XIV; Palandt-Hoche zu § 929 Anm. 6 B b aa Abs.II; Raiser Dingliche Anwartschaften S. 23 a.E.; RGRK-BGB-Johannsen zu § 929 Anm. 4; Serick Eigentumsvorbehalt § 11 III 5 Abs.III; Soergel-Siebert-Oechßler zu § 929 Anm. 18; Staudinger-Coing vor § 158 Anm. 21 Abs.IV; v. Tuhr AT § 81 II Abs.III; Westermann § 44, 2 Abs.V.

10) Für Durchgangserwerb RGZ 140, 223 (228) außer bei mindestens stillschweigender Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers. — Für Durchgangserwerb bei Abtretung künftiger Forderungen RGZ 136, 100 (102 a.E.); RG JW 1913, 132⁰; Erman-Westermann zu § 398 Anm. 6 Abs.I; Hahnzog § 10 a.E.; Larenz § 30 III Abs.III; Gertmann zu § 399 Anm. 1 g S. 445 Abs.II; RGRK-BGB-Löschner zu § 398 Anm. 22 Abs.IV; für Unmittelbarkeit dagegen auch in diesem Falle RGZ 55, 334; 67, 166 (167 a.E.); Blomeyer SchR § 43 III 1 Abs.IV; Esser § 90, 2 Abs.I; F. Leonhard SchR § 337 Abs.II; Planck-Siber zu § 398 Anm. 4 b Abs.II; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 398 Anm. 10 a.A.; Staudinger-Werner zu § 398 Anm. I 2 Abs.II; v. Tuhr AT § 60 V Abs.V. Befürwortet man die Unmittelbarkeitstheorie auch für die Fortentwicklung künftiger Anwartschaften, so bedarf allerdings die Frage der Rangfolge einer Klärung, s.u. § 12 A II.

über das Vollrecht entsprechende Anwendung.¹¹⁾ Schließlich haben Rechtsbegründung und Anwartschaftsbegründung die gleiche Bedeutung für die Rangfolge (s.u. § 12 A I). Folglich erweist sich die Ausdehnung der Bezeichnung des Vollrechtes auf dessen Anwartschaft als eine rein sprachliche Angelegenheit.

B. Die Entwicklungsstufen des Aufrechnungsrechtes

I. Die Unterscheidung zwischen Begründung und Reife

Mit dem Eintritt der Gegenseitigkeit (s.o. § 9 A I) ist der Tatbestand der Begründung des Aufrechnungsvollrechtes soweit erfüllt, daß die völlige Erfüllung nur bis zu einem zukünftigen, gewissen oder ungewissen, Ereignis aufgeschoben wird (s.o. A I). Der Eintritt der Gegenseitigkeit bewirkt somit die Begründung einer Aufrechnungsanwartschaft. Nach der Anwartschaftsbegründung handelt es sich um eine gegenwärtige, davor um eine künftige Anwartschaft. Die Ausdehnung der Bezeichnung "Aufrechnungsrecht" auf dessen Anwartschaft (s.o. A II) ist unbedenklich, weil Mißverständnisse nicht zu besorgen sind. Daher ist es möglich, die Begründung der Aufrechnungsanwartschaft als "Begründung des Aufrechnungsrechtes" zu bezeichnen, weiterhin die gegenwärtige Aufrechnungsanwartschaft als "gegenwärtiges Aufrechnungsrecht", die künftige Aufrechnungsanwartschaft als "künftiges Aufrechnungsrecht", die Begründung des Aufrechnungsvollrechtes als Eintritt der "Reife", "Fälligkeit" oder "Ausübbarkeit" des Aufrechnungsrechtes, dementsprechend die gegenwärtige Aufrechnungsanwartschaft als "nichtreifes", "nichtfälliges" oder "unausübbares" und das Aufrechnungsvollrecht als "reifes", "fälliges" oder "ausübbares" Aufrechnungsrecht. Die Voraussetzungen der Reife interessieren noch nicht (s.u. §§ 11 A III und 13).

11) Vgl. den Satz "nasciturus pro iam nato habetur", der schon von Schwister JW 1933, 1762 (1764 Abs.III) Anm. zu RGZ 140, 223 in diesem Zusammenhang angeführt wird; BGHZ 28, 16 (21); 35, 85 (89); Eichler 2. Bd. S. 122 Abs.II; Enneccerus-Nipperdey §§ 82 II 4 Abs.I a.E. und 197 II 4; Erman-Böhle-Stam-schräder zu § 455 Anm. 4 c Abs.I; Lehmann § 35 A VI 1 a Abs.I; Palandt-Hoche zu § 929 Anm. 6 B b aa Abs.I; RGRK-BGB-Johannsen zu § 929 Anm. 4; Serick Eigentumsvorbehalt § 11 I 2 Abs.III; Soergel-Siebert-Seydel zu § 158 Anm. 18; Staudinger-Going vor § 158 Anm. 21 Abs.III; v. Tuhr AT § 81 II Abs.V; Westermann § 5 III 3 d Abs.II.

II. Die gesetzliche Grundlage der Unterscheidung

Gegen die Unterscheidung zwischen Begründung und Reife des Aufrechnungsrechtes scheint, wie schon zu oben § 9 A II erwähnt wurde, § 387 BGB zu sprechen. Denn er behandelt nicht nur die Gegenseitigkeit, sondern auch die Gleichartigkeit (s.u. § 11), die Fälligkeit der Gegenforderung und die Erfüllbarkeit der Hauptforderung (s.u. § 13), Erfordernisse also, die erst für das Vollrecht bedeutsam werden. Das Gegenteil folgt aber aus den Bestimmungen über die Aufrechnung gegen eine abgetretene oder belastete Forderung mit einer Forderung gegen den vor der Abtretung oder Belastung Berechtigten (s.o. erstes Kapitel). Hier ist die Ausübbarkeit des Aufrechnungsrechtes nach dem Wortlaut des Gesetzes unerheblich (s.o. § 7 C I 1). Anstattdessen wird auf den Erwerb der Gegenforderung (s.o. §§ 3 B IV; 4 B II; 5 A II; 6; 7 B) und der Hauptforderung (s.o. § 7 B), d.h. auf den Eintritt der Gegenseitigkeit, und damit auf die Begründung des Aufrechnungsrechtes, abgestellt. Daß die gesetzliche Beschreibung der Gegenseitigkeit korrekturbedürftig ist, soll indessen nicht verkannt werden (s.o. § 9 A I 2 und unten § 12 B I). Warum es in den angeführten Bestimmungen auf die Begründung des Aufrechnungsrechtes ankommt, ist an anderer Stelle zu untersuchen (s.o. § 8 C und unten § 12 A). Zwar befassen sich die meisten von diesen ferner mit dem Gutgläubensschutz des Schuldners der Hauptforderung sowie mit der Fälligkeit der Gegenforderung. Jedoch sind die sich daraus ergebenden Rechtsfragen erst zu unten §§ 16 A und 21 zu erörtern. In § 387 BGB ist die Unterscheidung deshalb entbehrlich, weil er wie § 389 BGB (s.o. § 8 B a.A.) nur den Normalfall im Auge hat, daß das Hauptrecht eine weder abgetretene noch belastete Forderung ist.

III. Die Vereinbarkeit der Unterscheidung mit den Aufrechnungstheorien

Für die Berechtigung der Unterscheidung zwischen Begründung und Reife des Aufrechnungsrechtes spricht außerdem die Verwerthungsrechts-theorie (s.o. § 8 B I). Sie gestattet, die übrigen

Verwertungsrechte zu einem Vergleich heranzuziehen, der zeigt, daß diese Unterscheidung eine Gemeinsamkeit aller ist, folglich auch für das Aufrechnungsrecht Geltung hat (vgl. insbesondere §§ 1113 II; 1193; 1204 II; 1228 II BGB; 916 II; 930-932 ZPO). Die Erwerbsrechtstheorie (s.o. § 8 B II) und die Eigenständigkeitstheorie (s.o. § 8 B III) stehen der Unterscheidung nicht entgegen, letztere vermag sie aber gar nicht, erstere kaum durch weitere Vergleiche zu stützen. Die Vormerkung ist als Vergleichsgegenstand ungeeignet, obwohl sie auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs zulässig ist (§ 883 I 2 BGB). Sie stellt nämlich ein negatives Erwerbsrecht dar (s.o. § 8 B II 1), dessen Ausschlußwirkung sofort nach seiner Eintragung beginnt (§ 883 II BGB). Ähnliches trifft auf das dingliche Vorkaufsrecht zu (§ 1098 II BGB).¹²⁾ Dagegen können das Jagdrecht während der Schonzeiten (§§ 1 I; 22 I 3 BJagdG), das Leistungsrecht (arg. § 271 II BGB) und die Ersetzungsbefugnis (arg. § 271 II BGB analog) des Schuldners sowie das Ablösungsrecht (vgl. insbesondere §§ 1142 I; 1150; 1223 II; 1249, 1 BGB) vor ihrer Ausübbarkeit als nichtreife positive Erwerbsrechte (s.o. § 8 B II) angesehen werden. Trotz der Tatsache, daß sowohl die Verwertungsrechtstheorie als auch die Erwerbsrechtstheorie eine nahezu allgemeine Anerkennung gefunden hat (s.o. § 8 B I 2 und II 2), wird die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Begründung und Reife des Aufrechnungsrechtes nur vereinzelt bemerkt.¹³⁾

12) Vgl. aber Wolff-Raiser § 48 Anm. 50 a.A., der in dem dinglichen Vorkaufsrecht ein "positives Herrschaftsrecht" sieht. Ebenso Eichler 2. Bd. SS. 402 Abs.V und 415 Abs.II.

13) Vgl. vor allem KO-Materialien (Motive) S. 219 Abs.II, S. 220 Abs.IV a.A. und S. 221 Abs.II a.E., wo scharf die Begründung des Aufrechnungsrechtes von seiner Ausübung aufgrund eines Vergleichs mit dem Pfandrecht unterschieden wird; vgl. ferner Enneccerus-Lehmann § 80 I 4 b Abs.II a.A., der von einer "schon begründeten, wenn auch noch nicht voll ausgereiften Aufrechnungslage" spricht; Kohler ZJP §§ 11 und 12, der den Ausdruck "bedingte Vinkulierung" gebraucht; F. Leonhard SchR § 341 Abs.III, der eine "Anwartschaft auf Aufrechnung" erwähnt; ähnlich Weismann S. 37 Abs.III, wo von der "rechtlich begründeten Anwartschaft auf eine künftig erst mögliche Aufrechnung" die Rede ist; widerspruchsvoll Weigelin, der einerseits die in den Motiven zur Konkursordnung gemachte Unterscheidung ablehnt (§ 6 Text zu Anm. 28), andererseits jedoch ähnlich wie Kohler ein "bedingtes Recht zur Aufrechnung" anerkennt (§ 8 Text zu Anm. 62).

C. Die Entwicklungsstufen der an der Aufrechnung beteiligten Rechte

I. Die Bestimmtheit künftiger Anwartschaften

Es soll untersucht werden, welche Entwicklungsstufen Hauptrecht und Gegenforderung im Zeitpunkt der Begründung des Aufrechnungsrechtes erreicht haben müssen. Was auch immer seine Reife in Bezug auf die Entwicklungsstufen der an der Aufrechnung beteiligten Rechte verlangen mag, es ist hier gleichgültig. Denn die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Begründung und Reife des Aufrechnungsrechtes wurde zu oben B nachgewiesen. Deshalb kommen sogar künftige Anwartschaften in Betracht. Zwar ist erforderlich, daß sie hinreichend bestimmt oder bestimmbar sind, da sonst der Bestimmtheitsgrundsatz (s.o. §§ 8 A a.A. und 9 A I 1 a.A.) verletzt würde. Diesem Erfordernis, das Rechtsprechung und Schrifttum namentlich im Zusammenhang mit der Abtretung¹⁴⁾ und der Pfändung¹⁵⁾ künftiger Forderungen beschäftigt hat, wird aber stets durch die Gegenseitigkeit (s.o. § 9 A I) Genüge getan.¹⁶⁾

14) Vgl. RGZ 55, 334; 58, 71 (72); 67, 166 (168); 74, 416 (418); 75, 225 (227); 82, 227 (229); 92, 238 (239); 98, 318 (320); 134, 225 (227); 136, 100 (102); 140, 231 (250); 149, 96 (100 a.E.); 155, 26 (28); BGHZ 7, 365 (367 a.E.); 20, 127 (131); 26, 185 (188); 30, 149 (151); 32, 367 (369); Blomeyer SchR § 43 III 1 Abs.III und V; Enneccerus-Lehmann § 78 III 3; Erman-Westermann zu § 398 Anm. 6 Abs.I; Esser § 90, 2 Abs.I; Heck SchR § 67, 1; Larenz § 30 III Abs.I; F. Leonhard SchR § 337 Abs.II; Oertmann zu § 399 Anm. 1 g S. 444 Abs.IV; Palandt-Danckelmann zu § 398 Anm. 3 d; Planck-Siber zu § 398 Anm. 4 b Abs.II; RGRK-BGB-Löschner zu § 398 Anm. 22 Abs.I; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 398 Anm. 7; Staudinger-Werner zu § 398 Anm. I 2 Abs.I; v. Tuhr AT § 60 V Abs.II; Warneyer-Buchwald zu § 398 Anm. VII Abs.II.

15) Vgl. RGZ 74, 78 (82); 82, 227 (229); 134, 225 (227); 135, 139 (140 a.E. und 141); 140, 219 (222 a.E.); RG JW 1904, 365³⁰⁾; BGHZ 20, 127 (131); Baumbach-Lauterbach zu § 829 Anm. 1 A; de Boor-Erkell § 8 I 2 Abs.I; Bruns ZVR § 21 IV 1; Gaupp-Stein-Jonas-Schönke-Pohle zu § 829 Anm. I 1 a Abs.II; Rosenberg § 192 I 2 a Abs. III; Schönke-Baur § 25 II 1 Abs.I; Wieczorek zu § 829 Anm. B II b 2.

16) Vgl. die Rechtslage beim Pfandrecht, wo Rechtsprechung und Schrifttum hinreichende Bestimmtheit annehmen, wenn das Pfandrecht für alle künftigen Forderungen eines bestimmten Gläubigers gegen einen bestimmten Schuldner bestellt wird: RGZ 78,

II. Das Hauptrecht

Ist das Hauptrecht eine künftige Anwartschaft, so erhebt sich die Frage, ob es überhaupt schon mit dem Aufrechnungsrecht belastet werden kann und, gegebenenfalls, was mit der Belastung geschieht, wenn sich die künftige Anwartschaft zu einer gegenwärtigen und schließlich zu einem Vollrecht entwickelt. Aus dem Wesen des natürlichen Wachstums ergibt sich, daß die Belastung einer Vorstufe des Vollrechtes an jeder weiteren Entwicklungsstufe und schließlich an diesem kraft Surrogation (s.o. A II) fortbesteht. Zum anderen folgt aus der Rechtsähnlichkeit zwischen dem Vollrecht und seinen Vorstufen, daß es erlaubt ist, die Bestimmungen über jenes auf diese ausdehnend anzuwenden (s.o. A II). Daher ist regelmäßig die künftige Anwartschaft bereits übertragbar und belastbar.¹⁷⁾ Das läßt sich auch aus § 185 II BGB ableiten.¹⁸⁾ Aufrechnungsrechte sind somit als Belastungen der Hauptrechte (s.o. § 8 A und B a.A.) schon an künftigen Anwartschaften möglich.¹⁹⁾ Im Falle ihrer Weiterentwicklung tritt Surrogation ein. Die Schwierigkeiten, die für die Übertragung oder Belastung künftiger Sachenrechte aus dem besitz- oder grundbuchrechtlichen Tatbe-

26 (27); RG JW 1911, 367²³; Erman-Ronke zu § 1204 Anm. 3 a.E.; Palandt-Hoche zu § 1204 Anm. 3 c; Planck-Flad zu § 1204 Anm. 2 b Abs.VII; RGRK-BGB-Kregel zu § 1204 Anm. 10; Staudinger-Spreng zu § 1204 Anm. 11 Abs.III; Warneyer-Buchwald zu § 1204 Anm. IV Abs.III; Wolff-Raiser § 162 Anm. 5.

17) S.o. Anm. 14 und 15.

18) So RGZ 149, 19 (22); Enneccerus-Lehmann § 78 III 3; Hahnzog § 6 II 1 Abs.V bis VII; F. Leonhard SchR § 337 Abs.II; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 398 Anm. 7; v. Tuhr AT § 60 V Abs.I.

19) So OLG Hamburg JZ 1957, 581 (582) mit zustimmender Anmerkung von Arwed Blomeyer (582 und 583); Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 406 Anm. 2 a.E.; v. Tuhr AT § 60 V Abs.VII, allerdings mit einer ungerechtfertigten Einschränkung (§ 60 Anm. 170 und Text dazu), die zu den eigenen Ausführungen v. Tuhrs (§ 60 V Abs.IV) im Widerspruch steht; vgl. ferner Hahnzog § 9 II 2 a (wie v. Tuhr); Oertmann zu § 399 Anm. 1 g S. 445 Abs.III, der die Durchgangstheorie (s.o. Anm. 10) u.a. deshalb vertritt, weil er § 406 BGB auf künftige Hauptforderungen anwenden möchte.

standsmerkmal entstehen,²⁰⁾ können dahingestellt bleiben, weil der Begründungstatbestand des Aufrechnungsrechtes ein solches Merkmal selbst dann nicht enthält, wenn das Hauptrecht einmal ein sachenrechtliches Verwertungsrecht sein sollte (s.o. § 9 A I 1 a.E.).²¹⁾

III. Die Gegenforderung

Das Aufrechnungsrecht ist ein an die Gegenforderung angelehntes Herrschaftsrecht (s.o. § 8 B I 1, II 1 und III), das als Verwertungsrecht und als Erwerbsrecht betrachtet werden kann (s.o. § 8 B a.A., I und II). Dies rechtfertigt einen Vergleich: Die Vormerkung (§ 883 I 2 BGB), ein angelehntes Erwerbsrecht (s.o. § 8 B II 1), die Hypothek (§ 1113 II BGB) und das Pfandrecht (§ 1204 II BGB), angelehnte Verwertungsrechte, sind zur Sicherung künftiger Ansprüche zulässig. Folglich ist es durchaus denkbar, daß als Gegenforderung eine künftige Anwartschaft ausreichen würde. Jedoch hinkt der Vergleich insofern, als die angeführten Vorschriften sich auf Rechtsgeschäfte beziehen, während der Entstehungstatbestand des Aufrechnungsrechtes "gesetzlich" ist (s.o. § 9 A I 2 a.A.). Dieses wird mithin nicht freiwillig, sondern zwangsweise (s.o. § 8 B I 2 a.E.) begründet. Freiwillig darf der Eigentümer im weiteren Sinne (s.o. § 8 B II 1 a.A.) grundsätzlich nach Belieben über sein Recht verfügen (§ 903 BGB analog). Er kann nichtakzessorische (§§ 1105; 1191; 1199 BGB) und erst recht akzessorische Verwertungsrechte bestellen, bei denen der zu sichernde Anspruch künftig ist. Zwangsweise, d.h. kraft "Gesetzes" oder Hoheitsaktes, darf dagegen über ein fremdes Recht nicht nach Belieben verfügt werden. Vielmehr ist erforderlich, daß der zu sichernde Anspruch sich bereits zu einer gegenwärtigen Anwartschaft entwickelt hat,

20) Vgl. RGZ 67, 166 (167); Blomeyer Schr § 43 III 1 Abs.IV; Enneccerus-Lehmann § 78 III 3; Hahnzog § 6 II 1 Abs.III; Heck SR § 55, 4 Abs.II; Palandt-Danckelmann zu § 398 Anm. 3 d a.A. und Palandt-Hoche zu § 930 Anm. 3; Planck-Siber zu § 398 Anm. 4 b Abs.II; RGRK-EGB-Johannsen zu § 930 Anm. 9 und 11; Soergel-Siebert-Oechler zu § 930 Anm. 3; Staudinger-Berg zu § 929 Anm. 5 und zu § 930 Anm. 6 Abs.III; v. Tuhr AT § 60 V Abs.II; Westermann § 40 III.

21) Über die Rangfolge im Falle eines künftigen Hauptrechtes s.u. § 12 A II.

genauer gesagt, daß im Mindestfall dem Sicherungsnehmer und seinen Rechtsvorgängern gegenwärtige Anwartschaften zustehen (vgl. insbesondere §§ 559, 1, 2; 585, 1; 704, 1; 647 BGB; 397; 410; 421; 440 I HGB; 916 II ZPO). Das muß auch für die Gegenforderung gelten.²²⁾

D. Ergebnis

Nach dem Vorstehenden kann bei der Formulierung des Ergebnisses § 916 II ZPO als Vorbild dienen: "Die Begründung des Aufrechnungsrechtes wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Hauptrecht künftigt und die Gegenforderung betagt oder bedingt ist, es sei denn, daß die bedingte Gegenforderung wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat."

22) Scheinbar a.M. Blomeyer in seiner zu oben Anm. 19 angeführten Urteilsanmerkung (Text zu Anm. 6): Wie zur Begründung des Aufrechnungsrechtes eine künftige Hauptforderung genüge, so genüge "umgekehrt" eine künftige Gegenforderung. Blomeyer denkt hierbei an "die Aufrechnung mit (späteren) Ausgleichsansprüchen aus einer früher für den Zedenten übernommenen Bürgschaft". Solche Ansprüche sind aber bereits gegenwärtige Anwartschaften (s.o. A I Text zu Anm. 6). Schon Weismann stellt der Bedingung im technischen Sinne den Fall gleich, "daß eine Forderung aus einem bereits begründeten Rechtsverhältnisse vom Gesetz an ein zukünftiges ungewisses Ereignis geknüpft ist" (S. 39 a.E.). Der Bürge oder Wechselgarant, der selbst Schuldner des Regreßpflichtigen sei, habe bereits vor dem gesetzlichen Übergang der Regreßforderung eine Aufrechnungsanwartschaft (s.o. Anm. 13), die ihm durch Abtretung oder Belastung der Forderung des Regreßpflichtigen nicht entzogen werden könne (S. 40 a.A.). Vgl. ROHG 24. 1 (10 und 11); RGZ 37, 82 (87); 58, 11; 73, 138 (140 und 141); 80, 407 (413); 140, 156 (161); RG JW 1907, 275³⁹; 1936, 3126¹² mit zustimmender Anmerkung von Titze (3127); OLG Hamburg 32, 378 (379); KO-Materialien (Motive) SS. 226 Abs.II und 262 II; Böhle-Stamschräder zu § 54 Anm. 4; Gogos SS. 47 bis 57; Hilker S. 59 Abs.II; Hueck § 9 III 2; Jaeger-Lent zu § 54 Anm. 10; Lang § 29 III 4 B f und g; Mentzel-Kuhn zu § 54 Anm. 5; nicht zuletzt Ulmer § 29 II 2 a.

§ 11 Gleichartigkeit

Ü b e r s i c h t

A. Allgemeines	77
I. Der Begriff der Gleichwertigkeit	77
II. Die Gleichwertigkeit als Zweck der Gleichartigkeit	78
III. Die Gleichartigkeit als Merkmal des Begründungs- oder Reifungstatbestandes des Aufrechnungsrechtes	80
B. Die Gleichartigkeit im Lichte der Verwertungsrechtstheorie	81
C. Die Gleichartigkeit im Lichte der Erwerbsrechtstheorie	82
D. Ergebnis	83

A. Allgemeines

I. Der Begriff der Gleichwertigkeit

Der Erwerb des Hauptrechtes ist zum Verlust der Gegenforderung entweder vorzeitig, so die Verwertungsrechtstheorie, oder nachzeitig, so die Erwerbsrechtstheorie, oder gleichzeitig, so die Eigenständigkeitstheorie (s.o. § 8 B). Auf die Zeitfolge kommt es hier aber nicht an, sondern lediglich darauf, daß im Austausch das Hauptrecht auf den Gegengläubiger und die Gegenforderung auf den Hauptberechtigten übergeht (s.o. § 8 B a.A.). Jeder Austausch setzt die Gleichheit von Wert und Gegenwert voraus. Handelt es sich um einen Austauschvertrag, so bestimmt die in ihm enthaltene Einigung die "Gleichwertigkeit".¹⁾ Die Aufrechnung ist jedoch ein nichtvertraglicher Austauschstatbe-

1) Vgl. RGZ 60, 238 (241); 81, 364 (365); 103, 177 (179); 107, 124 (127); 147, 340 (342); RG LZ 1912, 555⁵ (557); 1923, 386¹ (387 a.E.); Warn Rspr 1933 Nr. 163 Abs.VIII; BGHZ 15, 102 (105); Blomeyer SchR § 21 II 1 und 2 c; Enneccerus-Lehmann § 32 I 2 a und II; Erman-Groepper vor § 320 Anm. 1 c, 2 und 3 b; Esser § 19, 1; Heck SchR § 42, 2; Kreß § 5, insbesondere Nr. 5 a; Larenz § 18 I Abs.I und II; Lehmann § 25 II c Abs.V; F. Leonhard SchR § 159 Abs.II; Certeemann vor § 320 Anm. 2 c; Palandt-Danckelmann vor § 320 Anm. 1 c aa und bb; Planck-Siber vor § 320 Anm. 1; RGRK-BGB-Wilde vor § 320 Anm. 3 Abs.I a.E.; Schollmeyer vor § 320 Abs.I; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt vor § 320 Anm. 6; Staudinger-Werner vor § 320 Anm. 1 Abs.II und Anm. 4 a.E..

stand.²⁾ Denn das Aufrechnungsrecht entsteht und reift (s.o. § 10 B I) kraft "Gesetzes" (vgl. insbesondere § 387 BGB), während die Ausübung durch einseitiges Rechtsgeschäft erfolgt (§ 388, 1 BGB). Deshalb muß auf andere Weise dafür gesorgt werden, daß der Hauptberechtigte eine wenigstens gleichwertige Gegenforderung bekommt. Gerade an der Gleichwertigkeit scheitert übrigens, wie schon zu oben § 9 C dargelegt wurde, die Aufrechnung mit einem Verwertungsrecht.

II. Die Gleichwertigkeit als Zweck der Gleichartigkeit

Die Gleichwertigkeit der Gegenforderung wird dadurch gewährleistet, daß deren Leistung (Gegenleistung) der Leistung des Hauptrechtes (Hauptleistung) "ihrem Gegenstande nach gleichartig" sein muß (§ 387 BGB analog): Ist die Hauptleistung nur der Gattung nach bestimmt, so verlangt die "Gleichartigkeit", daß die Gegenleistung, gleichgültig, ob gattungsmäßig oder stückmäßig bestimmt, dieser Gattung angehört. Bei einer dem Stück nach bestimmten Hauptleistung ist dagegen erforderlich, daß dieses Gegenstand der Gegenleistung ist.³⁾ Rechte, für die eine Leistung überhaupt nicht vorgesehen ist, können somit nicht an einer Aufrechnung beteiligt sein. Folglich bleibt sie in der Regel auf Forderungen und Verwertungsrechte beschränkt (vgl. insbesondere §§ 241; 1105 I; 1113 I; 1191; 1199; 1204

2) Vgl. Oertmann AcP § 3 I 2 Abs.I, wo gesagt wird, die Aufrechnung sei "im weiteren Sinn ein synallagmatischer und jedenfalls ein entgeltlicher Akt." Nach Seckel S. 214, 3 gehört das Aufrechnungsrecht als Gestaltungsrecht (s.u. § 14 Anm. 1) in die Untergruppe der "vor- und nachteilbringenden Eingriffsrechte, deren Opfer um Opfer tauschende Ausübung beide Rechtssphären, die eigene und die fremde, günstig und ungünstig beeinflusst."

3) So Enneccerus-Lehmann § 70 IV Abs.I; Erman-Westermann zu § 387 Anm. 3 Abs.III; Planck-Siber zu § 387 Anm. 1 c Abs.I; Schollmeyer zu § 387 Anm. 1 b; Siber § 13, 1; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 387 Anm. 5; Weigelin § 9, 1 Abs.V und VI; a.M. Lang § 4 Abs.VII; F. Leonhard Schr § 317 Abs.III; Staudinger-Werner zu § 387 Anm. I 2 b Abs.I.

I BGB).⁴⁾ Umgekehrt ist eine mehrfache Gleichartigkeit, eine Aufrechnung mit untereinander verschiedenartigen Forderungen denkbar, wenn für das Hauptrecht mehrere Leistungen vorgesehen sind, wie dies bei einer Forderung mit Ersetzungsbefugnis des Schuldners der Fall ist.⁵⁾ Entsprechendes gilt nicht für die Gegenforderung.⁶⁾ Denn eine nichtgeschuldete Gegenleistung beeinflusst nicht deren rechtlichen Wert (s.o. § 9 C) und ist daher für die Frage der Gleichwertigkeit unerheblich. Da das Er-

4) An sich ist auch bei anderen Rechten die Bestimmung einer Ablösungsleistung und damit eine Aufrechnung denkbar (vgl. §§ 882; 1199 II BGB; 92; 121 ZVG). Das gilt namentlich für das Ablösungsrecht des bisherigen Eigentümers gegenüber dem gutgläubigen Dritterwerber. Zwar kennt das geltende Recht, abgesehen von Art. 94 II EGBGB, ein solches Ablösungsrecht nicht. Es war aber schon in den Partikularrechten anerkannt und kommt auch heute noch de lege ferenda in Betracht, vgl. BGH LM zu § 366 HGB Nr. 4 II 1 Abs.III; §§ 939; 940 E I BGB; 24-26 ALR I 15; 314; 315 SächsBGB; BGB-Motive 3 Bd. SS. 417 bis 420; BGB-Protokolle 3. Bd. SS. 367 bis 370 und 6. Bd. S. 233 VII; Baur § 52 IV 3; Goldmann-Lilienthal-Sternberg § 17 Anm. 12; Heck SR §§ 58 I 2 b und c; 60, 1 c; 102, 5 Abs.III; 119 IV Abs.III a.E.; Hedemann SR § 22 II c und III d 3; Palandt-Hoche vor § 932 Anm. 1 a a.E.; Planck-Brodmann zu § 935 Anm. 1 Abs.II; Staudinger-Berg zu § 935 Anm. 15; Westermann § 45 II 4; Wolff-Raiser § 68 I 4 und § 174 V.

5) So RGZ 106, 99 (100) in Verbindung mit RGZ 101, 312 (313); Blomeyer SchR § 40 II 3 Abs.IV; Enneccerus-Lehmann § 70 I 1 b (vgl. aber § 70 IV Abs.III); Feder § 48 Abs.III a.E. Kreß S. 557 Anm. 18 und 19 sowie Text dazu; F. Leonhard BürgA § 14 A 2 Text zu Anm. 101 und SchR § 319 Text zu Anm. 39; Oertmann zu § 387 Anm. 1 b Abs.I; Planck-Siber zu § 387 Anm. 1 a Abs.III a.A.; Siber § 17 I 4 a; Staudinger-Werner zu § 387 Anm. I 1 Abs. IV; Warneier-Buchwald zu § 387 Anm. III 3 Abs.II; ebenso für das finnische Recht Hakulinen § 10 V 2 a Text zu Anm. 27; a.M. RGZ 158, 6 (9); Palandt-Danckelmann zu § 387 Anm. 5; Weigel § 7, 1 Abs.II; vgl. ferner RGRK-BGB-Löschner zu § 387 Anm. 20 Abs.I und II.

6) So Planck-Siber zu § 387 Anm. 1 a Abs.III a.A.; ebenso für das finnische Recht Hakulinen § 10 V 2 a Anm. 27; scheinbar a.M. RGZ 167, 60 (62): In diesem Fall lag aber neben der sich aus § 244 I BGB ergebenden facultas alternativa des Schuldners der Gegenforderung, vgl. RGZ 101, 312 (313), eine Ersetzungsbefugnis des Gegengläubigers vor, vgl. RGZ 167, 60 (63 a.E.).

fordernis der Gleichartigkeit dazu dient, dem Hauptberechtigten eine gleichwertige Austauschleistung zu sichern, muß es spätestens dann vorliegen, wenn der Austausch stattfinden kann, d.h. wenn die Reife des Aufrechnungsrechtes eintritt.

III. Die Gleichartigkeit als Merkmal des Begründungs- oder Reifungstatbestandes des Aufrechnungsrechtes

Nachdem feststeht, daß spätestens bei Eintritt der Reife des Aufrechnungsrechtes Gleichartigkeit vorliegen muß (s.o. II a.E.), bleibt zu prüfen, ob ihr Vorliegen schon früher erforderlich ist. Das hängt davon ab, ob man eine Forderungsumwandlung, d.h. eine Änderung des Leistungsgegenstandes (Surrogation), für möglich hält.⁷⁾ Hält man sie für möglich (vgl. insbesondere §§ 1228 II 2 BGB; 916 I ZPO), so besteht kein Grund, die eine Gleichartigkeit erzeugende Umwandlung vor dem Eintritt der Reife zu verlangen. Hier erweist sich folglich die Gleichartigkeit als Merkmal des Reifungstatbestandes des Aufrechnungsrechtes. Hält man dagegen eine Forderungsumwandlung nicht für möglich, so muß wohl oder übel die Gleichartigkeit schon im Zeitpunkt seiner Begründung gegeben sein. Nach letzterer Ansicht handelt es sich bei dem "Übergang" eines primären Leistungsanspruchs in einen sekundären Schadensersatzanspruch⁸⁾ in Wahrheit um mehrere Forderungen, die von Anfang an nebeneinanderher laufen, vor allem

7) Vgl. RGZ 54, 28 (31); 88, 76 (77); 94, 20 (22); 105, 84 (88); RG Gruchot 62, 783 (786); BGB-Motive 2. Bd. S. 50 Abs.II; Blomeyer SchR § 26 II Abs.II und III sowie § 28 I 3 Abs.I; Enneccerus-Lehmann § 46 II Abs.I und Nr. 5 sowie § 48 I Abs.II; Erman-Groepner zu § 280 Anm. 5 und zu § 281 Anm. 10; Esser § 80, 4 b; Heck SchR § 33, 1 und 2 sowie § 34, 2 c; Hedemann SchR § 20 II c Abs.I; Kreß S. 416 Anm. 2 und Text dazu; Larenz § 20 I b Abs.II a.E. und § 21 I Abs.II a.A.; F. Leonhard SchR § 244 Abs.II; Qertmann zu § 280 Anm. II 1 und zu § 281 Anm. 1 Abs.I; Palandt-Danckelmann zu § 280 Anm. 1 a.E. und zu § 281 Anm. 2 a; Planck-Siber zu § 280 Anm. 2; RGRK-BGB-Nastelski zu § 275 Anm. 35; Schollmeyer zu § 280 Anm. 2 a; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 280 Anm. 1 und zu § 281 Anm. 2; Sohm jr. Abs.IV; Staudinger-Werner zu § 280 Anm. II 1 Abs.I; Warneyer-Buchwald zu § 280 Anm. I und zu § 281 Anm. I Abs.I.

8) Über "primäre" bzw. "sekundäre" Ansprüche vgl. Enneccerus-Lehmann § 14 V; Erman zu § 249 Anm. 1; Heck SchR § 33, 1; Larenz § 2 I Abs.IV; Qertmann vor § 249 Anm. 1 Abs.I; Planck-Siber Vorbemerkungen vor § 241 Anm. I 2 c; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu §§ 249-253 Anm. 6; Sohm jr. Abs.IV.

gleichzeitig entstehen, von denen die sekundären je nachdem fällig werden oder zumeist nichtfällig bleiben (s.o. § 10 A). Der "Übergang" stellt also nichts anderes dar als das Fälligwerden einer sekundären Forderung, das häufig mit dem Erlöschen der primären verbunden ist.⁹⁾ Mithin erlaubt die vorliegende Betrachtungsweise, die Gleichartigkeit als besonderes Merkmal des Reifungstatbestandes auf dessen allgemeine Merkmale zurückzuführen (s.u. § 13). Eine Stellungnahme zu der obigen Konstruktionsfrage erübrigt sich deshalb. Das Gesagte gilt auch für andere Fälle der "Umwandlung" von Forderungen wie §§ 281 I BGB und 69 KO (s.u. § 20 B II). In diesem Zusammenhang sei schließlich noch die "Umwandlung" des Befreiungsanspruchs erwähnt (s.u. § 23 C).

B. Die Gleichartigkeit im Lichte der Verwertungsrechtstheorie

Nach der Verwertungsrechtstheorie (s.o. § 8 B I) gehört das Aufrechnungsrecht zu den angelehnten Verwertungsrechten. Diese verlangen mit Ausnahme des Aufrechnungsrechtes, daß die gesicherte Forderung sich spätestens im Zeitpunkt der Reifung des Verwertungsrechtes auf eine Geldleistung richtet (vgl. insbesondere §§ 1113 I; 1228 II 2 BGB; VIII. Buch, 2. Abschnitt, Überschrift; § 916 I ZPO). Außerdem wird der belastete Gegenstand regelmäßig durch Veräußerung oder Verwaltung verwertet (vgl. insbesondere §§ 1228 I; 1147 BGB; 866 I, II ZPO), während eine Verwertung durch Verfall Beschränkungen unterliegt (vgl.

9) Daher ist es folgerichtig, wenn Rechtsprechung und Schrifttum das, was § 406 BGB in Bezug auf die Fälligkeit bestimmt, entsprechend auf die infolge einer Forderungsumwandlung eingetretene Gleichartigkeit anwenden, vgl. RGZ 73, 138 (141); RG JW 1910, 147⁸; SeuffA 69 Nr. 234 a.E.; BGHZ 12, 136 (144); 19, 153 (159); 35, 317 (326); BGH JZ 1962, 92 (93); Enneccerus-Lehmann § 80 I 4 b Abs.II a.E.; F. Leonhard SchR § 341 Abs.III a.E.; Oertmann zu § 406 Anm. 2 Abs.III; Palandt-Danckelmann zu § 406 Anm. 1 b; Planck-Siber zu § 406 Anm. 2 b Abs.IV; RGRK-BGB-Löschner zu § 406 Anm. 4 Abs.III und Anm. 5 Abs.II a.E.; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 406 Anm. 2 a.E.; Sohm jr. Abs.VII; Staudinger-Werner zu § 406 Anm. I Abs.II und Anm. I 1; Warneyer-Buchwald zu § 406 Anm. III; a.M.Erman-Westermann zu § 406 Anm. 2 Abs.III a.E.; Heck SchR § 67, 5 b Abs.II.

insbesondere §§ 1149; 1229 BGB). Andererseits ist bei dem Aufrechnungsrecht im Gegensatz zu den übrigen angelehnten Verwertungsrechten Gleichartigkeit ein Merkmal des Begründungs- oder Reifungstatbestandes (s.o. A III). Die Verwertung ist hier stets vereinfacht, erfolgt stets durch Verfall. Auch bei Pfandrechten an Rechten greift diese Vereinfachung der Verwertung ein, sofern die Leistung der gesicherten Forderung, einer Geldforderung, dem Gegenstande nach der Leistung des belasteten Rechtes gleichartig ist. Das trifft auf verpfändete oder gepfändete Geldforderungen, Fahrnis- und Grundpfandrechte, unter Umständen auch auf Reallasten zu (vgl. §§ 1282 I; 1288 II; 1291 BGB; 835 ff.; 857 VI ZPO). Liegt bei einem Pfandrecht Gleichartigkeit in Bezug auf Nichtgeldleistungen vor, so dürfte eine ausdehnende Anwendung der genannten Vorschriften angebracht sein. Jedenfalls ist ersichtlich, daß das aufrechnungsrechtliche Erfordernis der Gleichartigkeit die vereinfachte Verwertung bewirkt und daß diese das Vorhandensein von Geldleistungen nicht voraussetzt.¹⁰⁾

C. Die Gleichartigkeit im Lichte der Erwerbsrechtstheorie

Nach der Erwerbsrechtstheorie (s.o. § 8 B II) ist das Aufrechnungsrecht ein angelehntes positives Erwerbsrecht: Sein Inhaber überträgt die Gegenforderung auf den Hauptberechtigten und erwirbt dafür das Hauptrecht als Gegenwert. Ähnlich ist die Rechtslage bei dem Leistungsrecht und der Ersetzungsbefugnis des Schuldners sowie bei dem Ablösungsrecht: Der Schuldner kann sich von seiner Schuld immer dadurch befreien, daß er die geschuldete Leistung bewirkt (Leistungsrecht), ausnahmsweise aber auch dadurch, daß er dem Gläubiger eine nichtgeschuldete Ersatzleistung aufdrängt (Ersetzungsbefugnis). Zum anderen ist derjenige, dem ein Recht oder Besitz an dem Verwertungsgegenstand zusteht, berechtigt, die von dem Verwertungsrecht ausgehende Gefahr dadurch abzuwenden, daß er seinen Nennwert an den Verwertungsberechtigten leistet und dafür dessen Recht erwirbt (Ablö-

¹⁰⁾ Vgl. Feder § 47 Abs.III; Hirsch S. 425 Abs.I a.A.; Kreß S. 556 a.A.; F. Leonhard BürgA § 14 Abs.VIII; Weigelin § 4 Text zu Anm. 31 und 45.

sungsrecht). Bei dem Aufrechnungsrecht werden nicht die Leistungen der letztgenannten positiven Erwerbsrechte erbracht. Vielmehr wird die Gegenforderung auf den Hauptberechtigten übertragen. Diese muß folglich jenen gleichwertig sein. Die Gleichwertigkeit wird wiederum dadurch gewährleistet, daß die aufgrund der Gegenforderung geschuldete Leistung dem Gegenstande nach der Leistung des Hauptrechtes gleichartig sein muß (s.o. A II). An sich ist eine gleichartige Forderung nicht unbedingt der Leistung selbst gleichwertig. Hier handelt es sich jedoch nicht um eine beliebige gleichartige Forderung, sondern um die "Gegen"-forderung. Als deren Schuldner (s.o. § 9 A I 2 a.A.) ist es dem Hauptberechtigten verwehrt, die Bonität zu bemängeln.¹¹⁾

D. Ergebnis

Das Erfordernis der Gleichartigkeit kann also wie folgt gefaßt werden: "Die aufgrund der Gegenforderung geschuldete Leistung muß dem Gegenstande nach der Leistung des Hauptrechtes gleichartig sein."

¹¹⁾ Vgl. Oertmann AcP § 2, 2 c, der das Erfordernis der Gleichartigkeit lediglich aus der Erwerbsrechtstheorie zu erklären vermag und es als weiteres Argument gegen die Verwerbungsrechtstheorie benutzt (s.o. § 9 Anm. 9).

bbb. DIE AUSÜBUNG DES AUFRECHNUNGSRECHTES

§ 12 Erstrang

Ü b e r s i c h t

A.	Das Zusammentreffen mehrerer Belastungen des Hauptrechtes	84
I.	Der Begriff der Rangfolge	84
II.	Die Rangfolge im Falle eines künftigen Hauptrechtes	85
III.	Der Rang des Aufrechnungsrechtes	87
B.	Die gesetzliche Regelung des Zusammentreffens	88
I.	Die Beschreibung der Gegenseitigkeit	88
II.	Die Behandlung des Gleichrangs	89
III.	Die Ausgliederung der Randprobleme	89
C.	Ergebnis	89

A. Das Zusammentreffen mehrerer Belastungen des Hauptrechtes
I. Der Begriff der Rangfolge

Das Aufrechnungsrecht ist eine Belastung des Hauptrechtes (s.O. § 8 A und B a.A.). Folglich gelten für ihren Widerstreit mit anderen Belastungen die allgemeinen Grundsätze der Rangfolge dinglicher Rechte (vgl. insbesondere §§ 879; 1209 BGB; 804 III ZPO). Der Rang eines Rechtes wird durch sein Alter bestimmt: Der "Erstrang" steht dem Ältesten, der "Letztrang" dem jüngsten, der "Vorrang" dem älteren, der "Nachrang" dem jüngeren Recht, der "Gleichrang" gleichaltrigen Rechten zu. Der Vorrang des älteren Rechtes kommt in dem Satz "prior tempore, potior iure" zum Ausdruck.¹⁾ Für das Alter eines Rechtes ist der Zeitpunkt seiner Begründung, nicht der seiner Reifung, maßgebend (vgl. insbesondere § 804 III ZPO; ferner arg. § 1209 BGB). Unter-

1) Vgl. Antoninus Cod. Iust. 8, 17 (18), 3 (4): "Si fundum pignori accepisti, antequam rei publicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior iure."; Baur § 17 A II 1; Eichler 2. Bd. S. 357 C I 1 Abs.I; Enneccerus-Nipperdey § 239 II 2; J. v. Gierke SR § 62 X; Heck SR § 24, 2 Abs.I; Hedemann SR § 38 III d 7; v. Tuhr AT § 94 I; Westermann § 80 III 2; Windscheid-Kipp § 242; Wolff-Raiser § 41 Abs.I und § 172 I Abs.I.

ließe man es, die Anwartschaftsbegründung als Rechtsbegründung zu bezeichnen (s.o. § 10 A II), so würde sich im Ergebnis nichts ändern (vgl. §§ 161 I; 163 BGB). Bei eingetragenen Rechten wird das wahre Alter durch das aus der Eintragung hervorgehende ersetzt (vgl. insbesondere § 879 II BGB). Die gesetzliche Rangfolge ist dispositiv (vgl. insbesondere § 879 III BGB).

II. Die Rangfolge im Falle eines künftigen Hauptrechtes

Eine künftige Anwartschaft kann sowohl mit dem Aufrechnungsrecht als auch mit anderen dinglichen Rechten belastet werden (s.o. § 10 C II). Im Widerstreit mehrerer Belastungen entscheidet auch hier die Rangfolge (s.o. I).²⁾ Dennoch ist eine Besonderheit zu beachten, wenn das Hauptrecht durch Übertragung erworben wird: Vor dem Zeitpunkt der Übertragung steht dem Rechtsnachfolger ein künftiges, dem Rechtsvorgänger aber ein gegenwärtiges Recht zu. Seine Belastungen sind schon Belastungen eines gegenwärtigen Rechtes. Zu solchen entwickeln sich die Belastungen des künftigen Rechtes erst im Zeitpunkt der Übertragung. Diese sind daher als Belastungen eines gegenwärtigen Rechtes jünger als jene oder höchstens gleichaltrig, haben folglich den Nachrang hinter jenen oder höchstens Gleichrang.³⁾ Zeitpunkt der Übertra-

2) Vgl. RG JW 1913, 132⁸; BGHZ 26, 185 (193); 30, 149 (151); 32, 361 (363); BGH NJW 1960, 1003² II 2; Baumbach-Lauterbach zu § 829 Anm. 8 a.A.; Arwed Blomeyer Anm. zu OLG Hamburg JZ 1957, 581 (582 Text zu Anm. 4) und SchR § 43 III 1 Abs. IV a.E.; Erman-Westermann zu § 398 Anm. 7; Gaupp-Stein-Jonas-Schönke-Pohle zu § 829 Anm. 128; Hahnzog § 6 II a.E. und § 10 II 5 C a.E.; Larenz § 30 III Abs. II; Oertmann zu § 399 Anm. 1 g S. 445 Abs. II; Palandt-Danckelmann zu § 398 Anm. 3 d; Planck-Siber zu § 398 Anm. 4 b Abs. II a.E.; RGRK-BGB-Löschner zu § 398 Anm. 22 Abs. III und V; Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt zu § 398 Anm. 10; v. Tuhr AT § 60 V Abs. IV; Wieczorek zu § 829 Anm. G III b 1 Abs. I.

3) Vgl. dazu folgenden Fall aus dem Konkursrecht: Der Konkursverwalter verkauft einen bestimmten Massegegenstand. Vor Konkurseröffnung wurde von dem späteren Gemeinschuldner die künftige Kaufpreisforderung verpfändet. Gegen den Konkursbeschlagnahme vermag sich das Pfandrecht nicht durchzusetzen (vgl. RG JW 1937, 1645¹²; BGH NJW 1955, 544; OLG Hamburg 11, 358; Pöhlke-Stamschröder zu § 15 Anm. 4 a.A.; Jaeger-Lent zu § 15 Anm. 22 Abs. I; Mentzel-Kuhn zu § 15 Anm. 9 e; Schönke-Baur § 50 B II 3 a Abs.

gung wie der Belastung (s.o. I) ist der des Anwartschaftserwerbs (vgl. §§ 161 I; 163 BGB). Das Vorstehende läßt sich weiterhin aus §§ 185 II 2; 184 II BGB ableiten.⁴⁾ Bei der Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften sind jedoch drei Schwierigkeiten zu bewältigen: Erstens kann zweifelhaft sein, ob § 184 BGB im Falle des nachträglichen Erwerbs anwendbar ist. Eine Bejahung dieser Frage ist möglich, weil der neue Berechtigte gegen Treu und Glauben verstieße, wenn er sich weigern würde, seine früheren Verfügungen zu genehmigen (venire contra factum proprium).⁵⁾ Es handelt sich also um eine Genehmigung kraft "Gesetzes".⁶⁾ Zweitens ist § 185 II BGB auf nichtrechts-

VIII a.E.; a.M. Arndt, der künftige Forderungen wie gegenwärtige Anwartschaften behandelt wissen möchte). Zur Begründung halten manche im Hinblick auf § 15 KO die Annahme eines Durchgangserwerbs für erforderlich (s.o. § 10 Anm. 10). Richtiger scheint es, auch hier einen unmittelbaren Erwerb anzunehmen und die Undurchsetzbarkeit des Pfandrechts mit seinem Nachrang zu begründen. Denn der Konkursbeschlagnahme, der kraft Surrogation von dem verkauften Massegegenstand auf die Kaufpreisforderung übergeht, ist als Belastung eines gegenwärtigen Rechtes des Gemeinschuldners älter als das Pfandrecht. Entsprechendes gilt für das Aufrechnungsrecht (s.u. § 20 A II a.E.).

4) Vgl. Hahnzog § 6 II 2 d Abs.III und § 10 II 5 C b bb; v. Tuhr AT § 60 V Abs.IV. S.o. § 10 Anm. 18 und Text dazu.

5) Vgl. die grundlegende Untersuchung von Riezler § 15 III 8.

6) So Crome § 84 a.E., der von einer Genehmigung durch nachträglichen Erwerb spricht: In diesem Fall müsse der Erwerber seine frühere Verfügung genehmigen, weil die Nichtgenehmigung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Der Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens begegnet ferner bei Endemann § 83, 3 b und Hahnzog § 6 II 2 d Abs.IV. Die herrschende Lehre verkennt das Wesen der Heilung durch nachträglichen Erwerb und verneint infolgedessen mit RGZ 89, 152 (158); 135, 378 (383) eine Rückwirkung nach § 184 BGB. Staudinger-Coing zu § 185 Anm. 2 Abs.I betont, der nachträgliche Erwerb in § 185 II BGB habe "mit der Einwilligung und Genehmigung nichts zu tun." Dennoch wird § 185 II 2 BGB auf die gleichzeitige Genehmigung mehrerer Verfügungen für anwendbar erklärt: so Enneccerus-Nipperdey § 204 Anm. 62 Satz 2; Planck-Flad zu § 185 Anm. 8 Abs.II; Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx zu § 185 Anm. 19 a.E.; Staudinger-Coing zu § 185 Anm. 9 Abs. I.

geschäftliche Verfügungen ausdehnend anzuwenden.⁷⁾ Drittens gilt das, was §§ 185 II 2; 184 II BGB über die Wirksamkeit der früheren Verfügung sagen, entsprechend für deren Rang.⁸⁾

III. Der Rang des Aufrechnungsrechtes

Gegen die übrigen Belastungen des Hauptrechtes kann sich mithin das Aufrechnungsrecht nur dann durchsetzen, wenn es Erstrang genießt (§ 129o BGB analog: s.o. § 11 B). Ausschließlicher Erstrang ist trotz des Wortlautes von § 129o BGB nicht erforderlich. Indessen herrscht bei Gleichrang "Verhältnismäßigkeit" (vgl. insbesondere §§ 1o I a.A. ZVG; 6o; 61 a.A. KO), so daß unter Umständen die Aufrechnung auf einen Teil der Gegenforderung beschränkt bleibt. Ein zweitrangiges Aufrechnungsrecht ist wirkungslos, es sei denn, daß die erstrangige Belastung nachträglich fortfällt oder daß sie nicht den ganzen Wert des Hauptrechtes beansprucht. Ob der aus einer späteren Belastung Berechtigte den Vorrang vor dem Aufrechnungsrecht kraft guten Glaubens erwirbt, hängt von dem Wesen des Hauptrechtes ab. Ist es eine Forderung, so findet nach bürgerlichem Recht mangels Rechtsscheins ein Gutglaubensschutz nicht statt

7) So RGZ 6o, 7o (73); RG Recht 1922 Nr. 1542; KG OLG 22, 163; 41, 184; Bruns ZVR § 19 III 2 b dd Abs.I a.E.; Enneccerus-Nipperdey § 2o4 V 3; Erman-Böhle-Stamschröder zu § 185 Anm. 14; Gettler; Hahnzog § 1o II 5 C b bb Abs.I; Lehmann § 37 V 3 Abs. IV; Palandt-Danckelmann zu § 185 Anm. 1 a.E.; RGRK-BGB-Kuhn zu § 185 Anm. 18 (vgl. aber Anm. 16 a.A.); Rosenberg § 18o I Abs. III; Schönke-Baur § 22 IV Abs.III a.E.; Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx zu § 185 Anm. 2 und 17 a.A.; Staudinger-Going zu § 185 Anm. 3 (vgl. aber Anm. 6 Abs.III); v. Tuhr AT § 6o IV 2 b Abs.IV; Weimar Abs.V und VI; Wieczorek zu § 8o3 Anm. E II b 3 Abs.I; a.M. Gareis-Certmann zu § 185 Anm. 12 und Planck-Flad zu § 185 Anm. 2 b.

8) Vgl. den in dieser Hinsicht klareren § 127 IV 2 E I BGB (= § 184 II BGB): "Durch diese Rückbeziehungen werden Rechte nicht berührt, welche Dritte vor der Genehmigung durch Verfügungen des Genehmigenden oder im Wege einer gegen diesen erwirkten Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung an dem Gegenstande des Rechtsgeschäftes erworben haben." Mit der neuen Fassung war eine Einengung seines Anwendungsbereichs keineswegs beabsichtigt. Das ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus den Gesetzesmaterialien: BGB-Motive 1. Bd. S. 247, 3 Abs.II und BGB-Protokolle 1. Bd. S. 178 a.E.. Vgl. ferner Enneccerus-Nipperdey § 2o4 IV 3 Abs.I und V 2 b Abs.II a.E.; Hahnzog § 1o II 5 C b bb Abs.IV; v. Tuhr AT § 43 V Abs.VII und § 6o IV 2 b Abs.II a.E..

(vgl. §§ 1070 I; 1275: § 404 analog und argumentum e contrario § 405 BGB; anders unten §§ 17 B und 18 B II).⁹⁾

B. Die gesetzliche Regelung des Zusammentreffens

I. Die Beschreibung der Gegenseitigkeit

Die Ausübbarkeit des Aufrechnungsrechtes hängt von dem Erstrang, der Erstrang von dem Alter, das Alter von der Begründung, und die Begründung von dem Eintritt der Gegenseitigkeit ab (s.o. A sowie §§ 9 A I und 10 B I). Anstatt aber auf die Gegenseitigkeit als solche abzustellen, versuchen die Bestimmungen über die Aufrechnung gegen eine belastete Forderung mit einer Forderung gegen deren Gläubiger (s.o. §§ 4-7), die Gegenseitigkeit zu beschreiben. Diese Beschreibung ist unvollständig, weil zwar überall (s.o. §§ 4 B II; 5 A II; 6; 7 B) der Erwerb der Gegenforderung, jedoch nur im Konkursrecht (s.o. § 7 C II 2) der Erwerb der Hauptforderung erwähnt wird. Zudem kann die Gegenseitigkeit auch durch Schuldübernahme zustande kommen (s.o. § 9 A I 2). Dem Wortlaut des Gesetzes ist somit bei der Aufrechnung gegen eine beschlagnahmte, verpfändete oder mit einem Nießbrauch belastete Forderung selbst dann genügt, wenn die Gegenseitigkeit dadurch hergestellt wird, daß der Schuldner der Gegenforderung eine bereits belastete Hauptforderung erwirbt, während der Gläubiger der Gegenforderung diese schon vor der Belastung erworben hat. Da hier nach dem Grundsatz "prior tempore, potior iure" der Belastung der Vorrang vor dem Aufrechnungsrecht zukommt, ist seine Ausübung ausgeschlossen. Deshalb muß der hier interessierende Teil der in Frage kommenden Vorschriften im Wege der Auslegung berichtigt werden und etwa wie folgt lauten: "..., wenn weder der Gläubiger noch der Schuldner seine Forderung nach der Belastung erworben hat...".¹⁰⁾

9) Dennoch kommt ein schuldrechtlicher Schutz des aus der späteren Belastung Berechtigten in Betracht, s.u. § 16 C.

10) A.M. Kunick § 4 III 2 b aa und bb in dem gleichartigen Fall, daß umgekehrt der Gegengläubiger erst nach Belastung der Hauptforderung durch Erbfolge deren Schuldner wird.

II. Die Behandlung des Gleichrangs

Wenn es in der positiven Fassung von §§ 392 BGB; 53; 55, 1, 2 KO heißt, daß der Forderungserwerb "nicht nach" der Belastung erfolgt sein darf (s.o. §§ 4 C II 2; 7 C I 2), so ist dies sachlich gerechtfertigt. Denn der Erstrang des Aufrechnungsrechtes braucht nicht ausschließlich zu sein (s.o. A III). Falsch wäre, wenn es hieße, daß der Erwerb "vor" der Belastung erfolgt sein müsse. Die richtige Ausdrucksweise des Gesetzes dürfte indessen weniger auf die Erkenntnis des vorliegenden Extremfalles, als vielmehr auf seine negative Fassung zurückzuführen sein. Das zeigt sich bei § 55 Ziffer 3 Abs. I Satz 1 a.A. KO, wo es "vor" heißt, aber aufgrund der §§ 53; 55, 1, 2 KO "nicht nach" heißen müßte (s.o. § 7 C I 2).

III. Die Ausgliederung der Randprobleme

Das zu oben A Dargelegte ist zum Teil einer der Inhalte der Bestimmungen über die Aufrechnung gegen eine belastete Forderung mit einer Forderung gegen deren Gläubiger (s.o. §§ 4-7). Manche dieser Bestimmungen befassen sich ferner mit dem Gutgläubenschutz des Schuldners der Hauptforderung sowie mit der Fälligkeit der Gegenforderung. Die sich daraus ergebenden Rechtsfragen sind jedoch erst zu unten §§ 16 A II und 21 zu erörtern. Den Ausführungen zu oben A entsprechen die Bestimmungen nur zum Teil, weil sie sich nicht auf Hauptrechte im allgemeinen, sondern auf Hauptforderungen im besonderen beziehen. Das Schrifttum sieht § 392 BGB lediglich aus der Perspektive des Zwangsvollstreckungsrechtes (s.u. § 19 A II 1 a.E.) und §§ 53; 55, 1, 2 KO lediglich aus der des Konkursrechtes (s.u. § 20 A II a.E.), während es auf §§ 1070 I (406); 1275 (406) BGB fast gar nicht eingeht. Daß es sich allemal um die Frage des Erstranges handelt, wird verkannt.

C. Ergebnis

Das Ergebnis läßt sich demnach folgendermaßen zusammenfassen: "Das Aufrechnungsrecht ist nur dann ausübbar, wenn ihm die übrigen Belastungen des Hauptrechtes nicht vorgehen (Erstrang)."

§ 13 Reife

Ü b e r s i c h t

A. Die Fälligkeit der Gegenforderung	90
B. Die Erfüllbarkeit oder Ablösbarkeit des Hauptrechtes ..	90
C. Ergebnis	91

A. Die Fälligkeit der Gegenforderung

Nach der Verwertungsrechtstheorie (s.o. § 8 B I) gehört das Aufrechnungsrecht zu den angelehnten Verwertungsrechten. Diese reifen, sobald die gesicherte "Forderung ganz oder zum Teil fällig ist" (§ 1228 II 1 BGB). Daß man auch die Gleichartigkeit als Merkmal des Reifungstatbestandes betrachten kann, wurde schon zu oben § 11 A III erwähnt (vgl. insbesondere § 1228 II 2 BGB). Folglich verlangt die Reife des Aufrechnungsrechtes Fälligkeit der Gegenforderung (vgl. § 387 BGB: "sobald er die ihm gebührende Leistung fordern ... kann."). Dem Erfordernis der Fälligkeit der Gegenforderung ist das ihrer Einrededefreiheit verwandt (vgl. § 390, 1 mit §§ 1137 und 1211 BGB). Die Fälligkeit und Einrededefreiheit der Gegenforderung sichern zusammen mit deren Gleichartigkeit dem Hauptberechtigten eine gleichwertige Gegenleistung (s.o. § 11 A I und II). Die für die Einrede der Verjährung gemachte Ausnahme (vgl. § 390, 2 BGB) läßt sich aufgrund der Verwertungsrechtstheorie mit § 223 I BGB vergleichen.¹⁾

B. Die Erfüllbarkeit oder Ablösbarkeit des Hauptrechtes

Nach der Erwerbsrechtstheorie (s.o. § 8 B II) ist das Aufrechnungsrecht ein angelehntes positives Erwerbsrecht. Es geht

1) So Weigelin § 6, 3 Abs.II und § 16 VI 1. - Vgl. ferner Art. 502 des neuen polnischen Kodeks Cywilny: "Mit einer verjährten Forderung, die trotz Ablaufs der Verjährung nicht erloschen ist, kann aufgerechnet werden, wenn zu der Zeit, zu welcher die Aufrechnung möglich wurde, die Verjährung noch nicht eingetreten war" (eigene Übersetzung). Ähnlich § 297 Abs.II ZGB-Ungarn. Anders dagegen für das Sowjetische Zivilrecht Genkin-Bratus-Lunz-Nowizki Kapitel XXV § 2 S. 547 Abs.II: "Hieraus ergibt sich ein-

entweder aus dem Leistungsrecht oder der Ersetzungsbefugnis des Schuldners oder aus dem Ablösungsrecht hervor (s.o. § 11 C). Daher ist es zur Reife des Aufrechnungsrechtes notwendig, daß die Reife desjenigen angelehnten positiven Erwerbsrechtes eingetreten ist (s.d. § 10 B III), aus dem das jeweilige Aufrechnungsrecht hervorgeht. Die Reife des Leistungsrechtes des Schuldners soll "Erfüllbarkeit", und die Reife seiner Ersetzungsbefugnis sowie des Ablösungsrechtes "Ablösbarkeit" genannt werden. In § 387 BGB wird allein das Erfordernis der Erfüllbarkeit der Hauptforderung geregelt (vgl. "... und die ihm obliegende Leistung bewirken kann."). Das Erfordernis der Ablösbarkeit ergibt sich für Hauptforderungen aus einer Analogie zu § 387 BGB und für Hauptrechte, die Verwertungsrechte sind, aus der Tatsache, daß das Gesetz die Aufrechnung gegen Verwertungsrechte im Zusammenhang mit dem Ablösungsrecht behandelt (s.o. § 8 B II 2). Die Erfüllbarkeit und Ablösbarkeit des Hauptrechtes sind Erfordernisse, die den Hauptberechtigten vor einer verfrühten Vornahme der in der Aufrechnung liegenden Austauschhandlung schützen (s.o. § 11 Anm. 2 und Text dazu).²⁾

C. Ergebnis

Dem zu oben A und B Ausgeführten widerspricht die Eigenständigkeitstheorie (s.o. § 8 B III) nicht. Da alle drei Aufrechnungstheorien gleichberechtigt nebeneinander stehen (s.o. § 8 B a.A.), ist sowohl die Erfüllbarkeit oder Ablösbarkeit des Hauptrechtes als auch die Fälligkeit der Gegenforderung in den Reifungstatbestand des Aufrechnungsrechtes aufzunehmen. Es dürfte

deutig, daß mit einer Forderung aus einem Schuldverhältnis, für das die Verjährung eingetreten ist, nicht aufgerechnet werden kann." Dieser technische Fehler des russischen Rechts ist ein weiteres Beispiel dafür, daß Länder mit sehr ähnlicher Sozialstruktur verschiedenartige Aufrechnungsrechte haben können (s.o. § 2 Anm. 12 und Text dazu).

2) Obwohl das Zivilgesetzbuch der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik nichts über die Erfüllbarkeit der Hauptforderung sagt (s.o. § 2 Anm. 13), wurde dieses Erfordernis von der Lehre aufgestellt (vgl. Genkin-Bratus-Lunz-Nowizki Kapitel XXV § 2 S. 547 Abs.III). Ebenso für das finnische Recht Hakulinen § 10 V 2 d. Vgl. ferner Haudek II 3 Abs.II.

ferner zweckmäßig sein, das verwandte Merkmal der Einredefreiheit nebst Ausnahme ebenfalls in den Reifungstatbestand aufzunehmen. Somit muß dieser etwa wie folgt lauten: "Ein erstrangiges Aufrechnungsrecht ist ausübbar, sobald das Hauptrecht erfüllt oder abgelöst werden darf und die Gegenforderung fällig und einredefrei ist. Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn mit der Gegenforderung vor ihrer Verjährung aufgerechnet werden konnte." Die Unterscheidung zwischen Begründung und Reife des Aufrechnungsrechtes bewirkt nicht nur, daß bei der Begründung die Merkmale des Reifungstatbestandes unerheblich sind (s.o. § 10 B II), sondern auch, daß bei der Reifung keine Gegenseitigkeit mehr vorzuliegen braucht (s.o. § 3 B I).

§ 14 Erklärung

Ü b e r s i c h t

A. Die Begründung der Rechtsgeschäftlichkeit der Aufrechnung	92
B. Die Bestimmung des Aufrechnungsgegners nach der Verwertungsrechtstheorie	94
C. Ergebnis	95

A. Die Begründung der Rechtsgeschäftlichkeit der Aufrechnung

Gemäß § 388, 1 BGB erfolgt die Ausübung des Aufrechnungsrechtes ("Aufrechnung") durch einseitiges Rechtsgeschäft. Daraus folgt zweierlei: Einmal kann das Aufrechnungsrecht als "Gestaltungsrecht" bezeichnet werden,¹⁾ zum anderen ist die Aufrech-

1) Vgl. vor allem Lang § 9 II Abs.II, der eine anderweitige Subsumtion ablehnt (s.o. § 8 Anm. 28 und Text dazu), sowie Seckel S. 212 Anm. 3 und S. 214, 3, der als erster die Bezeichnung "Gestaltungsrecht" vorschlug (S. 210 Abs.II); ferner BGHZ 2, 300 (302); Blomeyer SchR § 40 IV Abs.IV; Enneccerus-Lehmann § 69 II Abs.VI; Erman-Westermann zu § 388 Anm. 1 a.A.; Esser § 73, 4 Abs.

nungserklärung "unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird" (§ 388, 2 BGB). Die Gleichartigkeit ermöglicht im Lichte der Verwertungsrechtstheorie eine Vereinfachung der Verwertung, eine Verwertung durch Verfall (s.o. § 11 B). Der Verwertungsgegenstand verfällt dem Verwertungsberechtigten entweder "schuldrechtlich" oder "dinglich" (vgl. insbesondere § 1229 BGB).²⁾ Ein Verfall kraft Hoheitsaktes (vgl. §§ 835 ff.; 857 VI ZPO) bleibt hier außer Betracht. Schuldrechtlicher Verfall liegt vor, wenn dem Verwertungsberechtigten ein Anspruch auf Übertragung des Verwertungsgegenstandes (vgl. §§ 1282 I 3; 1288 II; 1291 BGB), vornehmlich auf Abgabe einer Übertragungserklärung, zusteht. Im Aufrechnungsrecht wird dieser Anspruch zu einem Gestaltungsrecht und der auf das Hauptrecht bezügliche Übertragungsvertrag zu einem einseitigen Rechtsgeschäft umgestaltet.³⁾ Entsprechendes gilt nach der Erwerbsrechtstheorie für den auf die Gegenforderung bezüglichen Abtretungsvertrag, da ihre Gleichwertigkeit gewährleistet ist

I; Hirsch S. 422 a.F.; Kreß S. 559 a; Larenz § 27 III d Abs.
 II; Lehmann § 12 I 1 b Abs.I; Palandt-Danckelmann zu § 388 Anm.
 1; Planck-Siber zu § 388 Anm. 1; RGRK-BGB-Löschner zu § 388 Anm.
 1; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 388 Anm. 1 a.A.; Staudinger-Werner vor § 387 Anm. I 2 a.A. und zu § 388 Anm. I 1 Abs.I; v. Tuhr AT § 7 III 3; Weigelin § 2 II Abs.III.

2) Vgl. Eichler 2. Bd. S. 552 Abs.III a.A.; Erman-Ronke zu § 1229 Anm. 1 a.A.; Goldmann-Lilienthal-Sternberg § 88 I 2; Hirsch S. 358 Abs.III; Kretzschmar zu § 1229 Anm. 1 a und b; Planck-Flad zu § 1229 Anm. 1 a Abs.I a.A. und b; RGRK-BGB-Kregel zu § 1229 Anm. 1; Staudinger-Spreng zu § 1229 Anm. 1 d; Warneyer-Buchwald zu § 1229 Abs.I; Wolff-Raiser § 165 I 4 Abs.I.

3) Schon Hirsch S. 425 Abs.I führt die Einseitigkeit der Erklärung auf den Anspruch auf Abtretung an Zahlungs Statt aus § 1282 I 3 BGB zurück: Der Anspruch verwandele sich in ein Gestaltungsrecht, dessen Ausübung den Erwerb der Hauptforderung und damit ihren Untergang durch Konfusion bewirke (s.o. § 8 Anm. 4 und Text dazu).

(s.o. § 11 C).⁴⁾ Auf den dinglichen Verfall ist zu unten § 15 A II zurückzukommen.

B. Die Bestimmung des Aufrechnungsgegners nach der Verwertungsrechtstheorie

Die Frage nach der Person des Aufrechnungsgegners kann aus der Verwertungsrechtstheorie beantwortet werden: Aufrechnungsgegner ist derjenige, mit dem der auf das Hauptrecht bezügliche Übertragungsvertrag (s.o. A a.E.) hätte abgeschlossen werden müssen, derjenige folglich, der zur Verfügung über das Hauptrecht befugt ist. Das Außergewöhnliche an dem angeführten Übertragungsvertrag besteht jedoch darin, daß der Verwertungsberechtigte stets "lastenfreies" Eigentum im weiteren Sinne (s.o. § 8 B II 1 a.A.) an dem Verwertungsgegenstand erwirbt. Der Aufrechnungsberechtigte erwirbt also nicht immer nur von dem Hauptberechtigten, sondern oft vor allem von den Trägern beschränkter dinglicher Rechte an dem Hauptrecht. Deshalb muß die Aufrechnung auch gegenüber jedem erklärt werden können, der zur Verfügung über eines dieser Rechte befugt ist. Zu dem gleichen Ergebnis würde die Erwerbsrechtstheorie gelangen. Aber sie wäre genötigt, die Untersuchung der Aufrechnungswirkung vorwegzunehmen. Auf die Bestimmung des Aufrechnungsgegners nach der Erwerbsrechtstheorie ist daher zu unten § 15 C zurückzukommen. Sind mehrere Aufrechnungsgegner gegeben, so muß die Erklärung gegenüber einem von ihnen genügen. Das entspricht dem Rechtsgedanken der §§ 71 II 3 AktG; 28 II; 40 BGB; 35 II 3 GmbHG; 125 II 3 HGB; 171 III ZPO: Der Erklärende soll nicht dadurch be-

4) Siber § 17 I 2 c, der die Aufrechnung als "Erlaß der Gegenforderung" (s.o. § 8 Anm. 4) ansieht, erklärt dessen Einseitigkeit aus der "Pflicht des Gläubigers, Erlaß statt Erfüllung anzunehmen": Durch die Schaffung eines Gestaltungsrechtes werde der "unnöthige Umweg" über § 894 I 1 ZPO vermieden. Ähnlich betrachtet Lippmann II 9 Abs.I die Aufrechnungserklärung als Antrag zu einem gegenseitigen Erlaßvertrag, dessen Ablehnung dem Aufrechnungsgegner zwar möglich sei, ihn aber dem Aufrechnenden gegenüber "verantwortlich" mache. Vgl. ferner Kohler ZFP § 2, 1, der vom Standpunkt seiner Anweisungstheorie (s.o. § 8 Anm. 26) aus behauptet, der Angewiesene dürfe die Annahme der in der Aufrechnung liegenden Anweisung zur Selbstzahlung nicht verweigern. Oertmann AcP § 3 I 2 Abs.I begründet die Einseitigkeit der Aufrechnung mit ihrer Entgeltlichkeit (s.o. § 11 Anm. 2 und Text dazu).

nachteiligt werden, daß die Zahl der Erklärungsgegner ohne sein Zutun beliebig erhöht werden kann.⁵⁾ Wie bei Willenserklärungen im allgemeinen, so ist auch bei der Aufrechnungserklärung im besonderen eine passive Stellvertretung möglich (vgl. § 164 III BGB).

C. Ergebnis

In § 388, 1 BGB wird der "andere Teil" als Aufrechnungsgegner genannt. Unter dieser Bezeichnung ist, wie sich dem § 387 BGB entnehmen läßt, der Gläubiger der Hauptforderung und gleichzeitige Schuldner der Gegenforderung zu verstehen. Somit ist § 388, 1 BGB in mehrfacher Hinsicht korrekturbedürftig: Er hat wie §§ 387; 389 BGB nur den Normalfall im Auge, daß das Hauptrecht eine weder abgetretene noch belastete Forderung ist (s.o. §§ 10 B II a.E.; 8 B a.A.), bestimmt also die Person des Aufrechnungsgegners in einer nicht allgemeingültigen Weise. Ferner kommt es nicht auf die Gläubigerschaft der Hauptforderung als solche an, sondern auf die Verfügungsbefugnis über diese. Schließlich macht die Stellung eines Schuldners der Gegenforderung nicht zum Aufrechnungsgegner (s.o. § 3 B III a.A.). Der berichtigte § 388 BGB muß demnach etwa folgendermaßen lauten: "Die Ausübung des Aufrechnungsrechtes (Aufrechnung) erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zur Verfügung über das Hauptrecht Befugten. Bestehen mehrere Rechte an dem Hauptrecht, so genügt die Erklärung gegenüber dem zur Verfügung über eines der Rechte Befugten. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird."⁶⁾

5) Vgl. RGZ 53, 227 (230); BGB-Motive 1. Bd. S. 99, 6; BGB-Protokolle 1. Bd. S. 515 Abs.V und VI; Enneccerus-Nipperdey § 109 IV; Gareis-Oertmann zu § 28 Anm. 2 a Abs.I und b; Planck-Knoke zu § 28 Anm. 3 Abs.I; RGRK-BGE-Denecke zu § 28 Anm. 3; Staudinger-Coing zu § 28 Anm. 9 Abs.I; v. Tuhr AT § 37 IV Abs. II; Weipert zu § 125 Anm. 13.

6) Rechtsprechung und Schrifttum gehen nicht wesentlich über den Wortlaut von § 388, 1 BGB hinaus, vgl. RGZ 56, 362 (364); Enneccerus-Lehmann § 69 II Abs.VI; Erman-Westermann zu § 388 Anm. 1 a.E.; Hilker § 4, 1 Abs.I; Lang § 7 II 3; Planck-Siber zu § 388 Anm. 1; RGRK-BGB-Löschner zu § 388 Anm. 1; Schollmeyer zu § 388 Anm. 1; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 388 Anm. 1 a.A.; Warneyer-Buchwald zu § 388 Anm. I; Weigelin § 13 II 1 Abs.II.

§ 15 Wirkung

Ü b e r s i c h t

A. Unmittelbare Wirkung	96
I. Die Austauschwirkung	96
II. Die Rückwirkung	
B. Mittelbare Wirkung	
I. Die Akzessorietät	
II. Die Vereinigung	
C. Die Bestimmung des Aufrechnungsgegners nach der Erwerbsrechtstheorie	
D. Ergebnis	

A. Unmittelbare Wirkung

I. Die Austauschwirkung

Wie schon zu oben § 8 B a.A. nachgewiesen wurde, besteht die Aufrechnungswirkung darin, daß im Austausch das Hauptrecht auf den Gegengläubiger und die Gegenforderung auf den Hauptberechtigten übergeht. Allerdings wurde oben vorausgesetzt, daß weder eine Übertragung noch eine Belastung vorliegt. Hier soll nun geprüft werden, ob und welchen Einfluß die Übertragung oder Belastung des Hauptrechtes auf die Aufrechnungswirkung ausübt. Die Abtretung oder Belastung der Gegenforderung ist erst zu unten § 23 zu untersuchen. Die Verwertungsrechtstheorie (s.o. §§ 8 B I; 11 B) gestattet, die §§ 1288 II; 1291; 1273 II 1; (1247, 1); 1249; 268 III 1 BGB analog anzuwenden. Das heißt, daß infolge der Aufrechnung die Gegenforderung nicht nach § 389 BGB erlischt, sondern auf den neuen Hauptberechtigten durch cessio legis übergeht.¹⁾ Obwohl §§ 1247, 1; 1288 II BGB allein den Eigentümer im

1) Für den Forderungsübergang wird in Rechtsprechung und Schrifttum meist § 1225 BGB anstatt von § 1249 BGB angeführt, vgl. RG Recht 1918 Nr. 246; KG JW 1926, 831 (832 a.E.); OLG Frankfurt am Main JW 1931, 27519; Baur § 55 B IV 2 d aa und § 62 B II 4 Abs.I; Biermann zu § 1288 Anm. 2 a; Erman-Ronke zu § 1288 Anm. 2 a.E.; J. v. Gierke SR § 62 VII 5 a Abs.I und § 63 II 3 b Abs.IV a.E.; Goldmann-Lilienthal-Sternberg § 90 Anm. 21 und § 97 Anm. 25; Kretzschmar zu § 1288 Anm. 3 Abs.I a.E.; Palandt-Hoche zu § 1288 Anm. 2 a a.E.; Planck-Flad zu § 1288 Anm. 2; RGH-BGL-Kregel zu § 1288 Anm. 2 a.E.; Soergel-Siebert-Augustin zu § 1288 Anm. 2; Staudinger-Spreng zu § 1288 Anm. 2 a (zu § 1247 Anm. 2 Abs.II wird im Gegensatz zur Voraufgabe § 1249 BGB zitiert); Warneyer-Buchwald zu § 1288 Text zu Anm. 1; Wester-

weiteren Sinne (s.o. § 8 B II 1 a.A.) erwähnen, finden sie auf die Inhaber beschränkter dinglicher Rechte entsprechende Anwendung: Die Belastungen des Hauptrechtes gehen infolge der Aufrechnung auf die Gegenforderung über. Die Erwerbsrechtstheorie (s.o. §§ 8 B II; 11 C) ergibt, daß die Gegenforderung an den jeweils zur Einziehung des Hauptrechtes Befugten, nach Übertragung also an den neuen Hauptberechtigten, zu leisten ist. Im Falle der Belastung tritt Surrogation ein (vgl. insbesondere §§ 1075 I; 1287 BGB; 848 II 2 ZPO). Somit hat die Übertragung oder Belastung des Hauptrechtes keinen Einfluß auf die Austauschwirkung der Aufrechnung. Der Wortlaut von § 389 BGB spricht nur scheinbar gegen dieses Ergebnis, weil er wie §§ 387; 388 BGB lediglich den Normalfall im Auge hat, daß das Hauptrecht eine weder abgetretene noch belastete Forderung ist (s.o. §§ 8 B a.A.; 10 B II a.E.; 14 C a.A.).²⁾ Die mangelnde Allgemeingültigkeit des § 389 BGB wird namentlich von Weigelin verkannt,

mann § 137 III 1 b Abs.I; Wolff-Raiser § 166 VII 1 Abs.III a.E. und § 176 II 2 Abs.IV.

2) Auch nach den pfandrechtlichen Vorschriften erlischt die gesicherte Forderung in dem Normalfall, daß der persönliche Schuldner gleichzeitig Träger des verpfändeten Rechtes ist, mit der Pfandverwertung (vgl. §§ 1247, 1; 1288 II BGB). - Für die Austauschwirkung der Aufrechnung nach Übertragung oder Belastung spricht noch folgender Gesichtspunkt: Hätte der Gegengläubiger mit dem neuen Hauptberechtigten einen Aufrechnungsvertrag abgeschlossen, so hätten sie die Abtretung der Gegenforderung an den neuen Hauptberechtigten auf Grund der Vertragsfreiheit vereinbaren können. Das wäre auch in beider Interesse gewesen. Denn die Abtretung bedeutet für den neuen Hauptberechtigten einen Vorteil und für den Gegengläubiger keinen Nachteil. Die nichtvertragliche Aufrechnung hat keinen Anlaß, hiervon abzuweichen, weil alle ihre gegenüber der Vertragsaufrechnung einengenden Sonderbestimmungen lediglich den Zweck verfolgen, die Interessen des Hauptberechtigten zu wahren (s.o. § 2 Anm. 19). Ein Festhalten an dem Wortlaut von § 389 BGB würde aber gerade die Interessen des Hauptberechtigten verletzen!

der infolgedessen die Erwerbsrechtstheorie ablehnt (s.o. § 8 B II 2 a.E.).³⁾

II. Die Rückwirkung

Dinglicher Verfall (s.o. § 14 A) liegt vor, wenn der Verwertungsgegenstand ipso iure auf den Verwertungsberechtigten übergeht. Bei der Einziehungsbefugnis aufgrund eines reifen Pfandrechtes an einer Geldforderung, an einem Fahrnis- oder Grundpfandrecht (vgl. §§ 1282 I 2; 1288 II; 1291 BGB) handelt es sich um dinglichen Verfall: Zwar gehört der Verwertungsgegenstand dem Namen nach noch nicht dem Pfandgläubiger. Seine Einziehungsbefugnis gibt ihm jedoch eine dem Eigentum im weiteren Sinne (s.o. § 8 B II 1 a.A.) an dem Verwertungsgegenstand praktisch gleiche Rechtsmacht. Denn er ist zur alleinigen Einziehung mit der Wirkung befugt, Eigentümer des eingezogenen Geldes zu werden. Die Gleichartigkeit ermöglicht im Lichte der Verwertungsrechtstheorie eine Vereinfachung der Verwertung, eine Verwertung durch Verfall (s.o. § 11 B). Daher ist es denkbar, daß die Wirkung der Aufrechnung ipso iure im Zeitpunkt der Reifung des Aufrechnungsrechtes einträte.⁴⁾ Zwischen dieser Alternative

3) In der Tat wäre die Erwerbsrechtstheorie widerlegt, wenn bei einer Aufrechnung nach § 406 BGB die Gegenforderung erlöschen würde und damit der Hauptgläubiger ohne Befriedigung bliebe (so Weigelin § 3 Text zu Anm. 4 und 20). Dem vermag Oertmann AcP S. 393 a.E. nur entgegenzuhalten, es handele sich um eine "Sondervorschrift".

4) Vgl. den Satz "ipso iure compensatur", der aus folgenden Quellen entnommen wird: Dig. 16, 2, 4; 16, 2, 10 pr.; 16, 2, 21; Cod. Iust. 4, 31, 4; 4, 31, 14 pr.; Inst. Iust. 4, 6, 30; vgl. dazu die gleichnamige Untersuchung von Ubbelohde; ferner Art. 1290 Code Civil (s.o. § 2 Anm. 12); BGHZ 2, 300 (303); BGB-Motive 2. Bd. SS. 107 a.A. und 108 a.E.; Blomeyer SchR § 40 III Abs.I; Enneccerus-Lehmann § 69 II und § 71 Anm. 2; Feder 1. Abschnitt (§§ 5 bis 35); Fikentscher § 39 III 6 a; Hartlaub § 3 und S. 109 Abs.III; Heck SchR § 60, 4 bis 6; Hedemann SchR § 26 III Abs.II; Kegel § 1 II Abs.II; Koban SS. 10 bis 18; Larenz § 27 III Abs. II; F. Leonhard BürgA § 5; Lippmann S. 438 Abs.; Oertmann vor § 387 Anm. 2; Planck-Siber vor § 387 Anm. 2 Abs.I und a; RGRK-BGH-Löscher vor § 387 Anm. 3 a.A.; Siber § 7 II und § 8; Warnecker-Buchwald zu § 387 Text zu Anm. 10; Weigelin § 1; Weismann S. 16 a.E. und S. 17; Windscheid-Kipp § 349. - Sowohl bei der ipso-iure-Aufrechnung als auch bei der Aufrechnung durch ex nunc wirkende Erklärung bleiben die Interessen des Hauptberechtigten

und der eines einseitigen Rechtsgeschäftes (s.o. § 14 A), allgemeiner ausgedrückt, zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Verfall, stellt das Bürgerliche Gesetzbuch eine Synthese her, indem es die Rückwirkung des Aufrechnungsgeschäftes anordnet (vgl. § 389 BGB).⁵⁾ Ist das Hauptrecht eine Forderung, so kann oft auch der Hauptberechtigte aufrechnen, aber es ist möglich, daß sein Aufrechnungsrecht zu einem anderen Zeitpunkt als das des Gegengläubigers reif wird. Rechnet nun derjenige zuerst

gewahrt. Das ergab sich aus der Pfandrechtsähnlichkeit des Aufrechnungsrechtes und der darauf aufbauenden Analogie zu der Einziehungsbefugnis und der Abtretung an Zahlungs Statt, wie sie § 1282 I BGB zur Wahl stellt. Folglich müssen bei einer Wahl die Interessen des dem Pfandgläubiger entsprechenden Gegengläubigers den Ausschlag geben. Da seine Interessen variieren können, ist es am besten, ihm zu überlassen, ob er aufrechnen will und ob seine Aufrechnung ex nunc oder ex tunc wirken soll. Als angemessenste Lösung erscheint daher eine Erklärungsaufrechnung mit dispositiver ex-tunc-Wirkung (s.u. Anm. 5). — Auch im russischen Recht hat die Aufrechnungserklärung rückwirkende Kraft (vgl. Genkin-Bratus-Lunz-Nowizki Kapitel XXV § 2 S. 547 Ziffer 3). Das finnische Recht dagegen schwankt zwischen ex nunc und ex tunc wirkender Aufrechnung (vgl. Hakulinen § 10 V 5 a.A.). Der neue polnische Kodeks Cywilny wiederum bekennt sich in Art. 499 Satz 2 klar zur Rückwirkung.

5) Die Rückwirkung bezweckt den Schutz des Aufrechnungsberechtigten, der sich insbesondere um die zwischen Reifung und Ausübung des Aufrechnungsrechtes fällig werdenden Zinsen der Hauptforderung nicht mehr zu kümmern braucht, vgl. RGZ 101, 111 (114); BGHZ 2, 300 (305); 27, 123 (125); BGB-Motive 2. Bd. S. 109; BGB-Protokolle 1. Bd. S. 367 IV; Blomeyer SchR § 40 IV 1 Abs. I; Enneccerus-Lehmann § 71 I Abs. I; Erman-Westermann zu § 389 Anm. 2 Abs. I und II; Esser § 73, 5 Abs. II a.A.; Heck SchR § 60, 6 a.E. und § 61, 6 a.; Hedemann SchR § 26 IV Abs. II; Hilker § 4, 1 Abs. IX; Kreß S. 566 Abs. II; Lang § 8 II; Larenz § 27 III e Abs. I; Lippmann S. 445 a.A.; Oertmann zu § 389 Anm. 3 a bis c; Palandt-Danckelmann zu § 389 Anm. 1; Planck-Siber zu § 389 Anm. 2; RGK-BGB-Löcherer vor § 387 Anm. 3 a.E. und zu § 389 Anm. 2 Abs. II a.A.; Schollmeyer zu § 389 Anm. 2 a bis d; Siber § 17 I 1 b; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 389 Anm. 2 a.E.; Staudinger-Werner zu § 389 Anm. II 3 a; Warneyer-Buchwald zu § 389 Abs. I; Weigelin § 2 Text zu Anm. 25 und § 16 V Abs. V bis VII; Weismann S. 29 Abs. II. — Läuft ausnahmsweise die Rückwirkung dem Interesse des Aufrechnungsberechtigten zuwider, so muß ihm ein Verzicht auf die Rückwirkung gestattet sein, so z.B. wenn die Hauptforderung unverzinslich und seitens des Hauptgläubigers unkündbar ist, während die fällige Gegenforderung dem Aufrechnungsberechtigten einen guten Zins einbringt. So F. Leonhard BürgA § 6 Abs. I und A 2 mit einem an § 849 BGB anknüpfenden Beispiel und SchR § 322 Text zu Anm. 65, im übrigen aber zu sehr verallge-

auf, dessen Aufrechnungsrecht zuletzt reif wurde, so muß die andere Seite nochmals aufrechnen können, um eine weitere Rückwirkung zu erreichen.⁶⁾

B. Mittelbare Wirkung

I. Die Akzessorietät

Durch die Akzessorietät werden Rechte in die Aufrechnung hineingezogen, für welche das Erfordernis der Gegenseitigkeit (s.o. § 9 A I) nie erfüllt war. Im Anschluß an das zu oben § 9 B I Dargelegte sollen diejenigen Hauptrechte und Gegenforderungen, die sich durch die Gegenseitigkeit bestimmen, als "primär" bezeichnet werden. Diejenigen dagegen, die das rechtliche Schicksal der primären Rechte infolge der Akzessorietät teilen, sollen "sekundär" heißen. Ist die gesicherte Forderung primäre Haupt- oder Gegenforderung, so erstreckt sich die Austauschwirkung (s.o. A I) nach Maßgabe der §§ 401 I; 412; 1153 I; 1250 I 1; 1069 I; 1274 I 1 BGB auch auf das sekundäre akzessorische Recht. Ist jedoch das akzessorische Recht primäres Hauptrecht oder primäre Gegenforderung, so sind die angeführten Vorschriften analog anzuwenden: Mit der Übertragung oder Belastung des akzessorischen Rechtes wird gleichzeitig die gesicherte Forderung übertragen oder belastet. Das Gesetz versucht, diese Ana-

meinernd; vgl. ferner BGB-Protokolle 1. Bd. S. 366 IV; RGZ 106, 99 (100) mit ablehnender Stellungnahme von Reichel AcP 126, 313 (vgl. insbesondere SS. 318, 325 und 332); 167, 60 (63); BGHZ 27, 123 (126) = BGH JZ 1958, 504 mit zustimmender Anmerkung von Heinrich Lehmann (505); ebenfalls zustimmend Grunsky und Reinicke. Jedenfalls bleiben sowohl bei der ex-tunc-Aufrechnung als auch bei der ex-nunc-Aufrechnung die Interessen des Hauptberechtigten gewahrt (s.o. Anm. 4).

6) A.M. zwar Lang § 9 III 1 und Weigelin § 16 V Abs.II; vgl. aber die von Kipp begründete Lehre der "Doppelwirkungen" (insbesondere VI a.A. und IX Abs.I). Ihr folgen BGH JZ 1955, 500; OLG München NJW 1953, 424⁷; Enneccerus-Nipperdey § 136 Text zu Anm. 9 und § 203 III 7; Erman-Westermann zu § 123 Anm. 13 Abs.II a.E.; Hubernagel insbesondere Nr. 10; Lehmann § 27 II 2 f; Palandt-Danckelmann Überblick vor § 104 Anm. 4 e; Karl Peter insbesondere Nr. 8 Abs.III a.A.; Serick Rabels 2 II Abs.V; Soergel-Siebert-Hefermehl zu § 123 Anm. 49 a.E.; Staudinger-Coing zu § 123 Anm. 15 bis 18.

logie zu umgehen, und gerät dadurch in die zu oben § 9 B II aufgezeigte Schwierigkeit. Den dort genannten Bestimmungen ist hier noch § 774 I 1 BGB hinzuzufügen.

II. Die Vereinigung

Der Übergang von Hauptrecht und Gegenforderung (s.o. A I) kann zu einer Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit (Konfusion) oder von Recht und Belastung (Konsolidation) führen (s.o. § 8 B a.A.). Es ist möglich, aber nicht notwendig, daß die Vereinigung das Erlöschen der Verbindlichkeit oder Belastung bewirkt. Bei Konfusion bildet das Erlöschen die Regel, bei Konsolidation ist zu unterscheiden: Die Belastung von Fahrniseigentum erlischt, es sei denn, daß "der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen ... hat" (vgl. §§ 1063; 1256 I 1, II BGB). Die Belastung von Grundstückseigentum jedoch erlischt grundsätzlich nicht (vgl. § 889 BGB). Als Ausnahmen erweisen sich die Nebenleistungsrückstände der Grundpfandrechte (vgl. §§ 1178 I 1; 1192 II BGB), die fälligen Leistungen der Reallast (vgl. § 1107 BGB) und deren Ablösung.⁷⁾ Keinesfalls werden Rechte an dem durch Vereinigung erlöschenden Recht durch das Erlöschen irgendwie beeinträchtigt.⁸⁾ Im Gegenteil wird das Erlöschen hier in Analogie zu §§ 1178 I 2; 1256 I 2 BGB überhaupt auszuschließen sein. Geht infolge von Vereinigung die durch ein akzessorisches

7) Nach Artt. 113; 115 EGBGB ist die Ablösung der Reallast landesgesetzlich geregelt. Über ihr Erlöschen bei Ablösung vgl. KG OLG 2, 495 (496); Baur § 35 II 3 und § 47 II 2 d; Biermann vor § 1199 Anm. 1; Eichler 2. Bd. S. 518 e Abs.IV; Erman-Ronke vor § 1105 Anm. 2 e; J. v. Gierke SR § 55 VII und § 59 II 3; Heck SR § 108, 5; Hedemann SR § 42 I c 2 Abs.VI; Kretzschmar vor § 1105 Anm. 6 Abs.I; Palandt-Hoche vor § 1105 Anm. 1 a a.E.; Planck-Strecker zu § 1105 Anm. 2 b Abs.I a.E.; RGRK-BGB-Denecke zu § 1105 Anm. 5 a.E.; Staudinger-Dittmann zu § 1105 Anm. 31; Warneier-Buchwald zu § 1107 Anm. II a.E.; Westermann § 124 V Abs.II a.E.; Wolff-Raiser § 128 V 2 und § 157 VI 2.

8) So KGJ 44 A 292 (295); §§ 291; 1032; 1223 E I BGB, die als selbstverständlich gestrichen wurden (BGB-Protokolle 1. Bd. S. 376 I; 3. Bd. SS. 422 XII und 536 V); Blomeyer SchR § 41 II 2; Enneccerus-Lehmann § 76, 3 Abs.I; Erman-Westermann vor § 362 Anm. 2 Abs.II a.E.; Esser § 85, 9 Abs.III; Heck SchR § 64, 3 a; Kreß § 20, 7; Larenz § 20 IV Abs.II; F. Leonhard SchR § 331 Abs. II a.A.; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt Einleitung vor § 362 Anm. 2 a.E.

Recht gesicherte Forderung unter, so geht es entweder auch unter (vgl. §§ 767 I 1; 1252 BGB) oder es verwandelt sich in eine Eigentümergrundschild (vgl. §§ 1163 I 2; 1177 I BGB).

C. Die Bestimmung des Aufrechnungsgegners nach der Erwerbsrechtstheorie

Nach der Erwerbsrechtstheorie ist Aufrechnungsgegner derjenige, mit dem der auf die Gegenforderung bezügliche Abtretungsvertrag (s.o. § 14 A a.E.) hätte abgeschlossen werden müssen (s.o. § 14 B a.A.), derjenige folglich, der zur Einziehung des Hauptrechtes befugt ist. Steht die Einziehungsbefugnis, ein Unterfall der Verfügungsbefugnis (arg. §§ 362 II; 1074, 3; 1124 I 1; 1282 II BGB), mehreren gemeinschaftlich zu (vgl. § 1281 BGB), so muß aufgrund des zu oben § 14 B a.E. Ausgeführten die Erklärung gegenüber einem von ihnen genügen.⁹⁾ Ist der Nießbraucher oder Pfandgläubiger zur alleinigen Einziehung befugt (vgl. §§ 1074, 1; 1282 I 1 BGB), so ist er Aufrechnungsgegner, weil mit ihm der Abtretungsvertrag abzuschließen gewesen wäre. Das Außergewöhnliche an diesem besteht jedoch darin, daß die abzutretende Gegenforderung nicht von dem Einziehungsbefugten, sondern von dem Hauptberechtigten erworben wird, während die Belastungen des Hauptrechtes auf die Gegenforderung übergehen (s.o. A I). Erwerber sind also sämtliche Träger von Rechten an dem Hauptrecht. Deshalb muß die Aufrechnung auch gegenüber jedem erklärt werden können, der zur Einziehung eines dieser Rechte befugt ist. Es wäre denkbar, aber unbillig, den Aufrechnungsberechtigten auf den Rangnächsten festzulegen (vgl. § 1290 BGB),¹⁰⁾ da die Ermittlung der Rangfolge unzumutbar ist.¹¹⁾ Sind mehrere

9) A.M. Weigelin § 13 II 1 Abs. II a.E..

10) So Weigelin § 13 II 1 Abs. II a.E..

11) Dagegen spricht ferner die Bestimmung des Aufrechnungsgegners nach der Verwertungsrechtstheorie (s.o. § 14 B), die gleichberechtigt neben den anderen Aufrechnungstheorien steht (s.o. §§ 8 B a.A. und 13 C a.A.). Ihrzufolge ist Aufrechnungsgegner zunächst derjenige, der zur Verfügung über das Hauptrecht befugt ist, also gerade der Rangletzte.

Aufrechnungsgegner gegeben, so genügt die Erklärung gegenüber einem von ihnen (s.o. § 14 B a.E.).

D. Ergebnis

Strenggenommen gehört die mittelbare Wirkung der Aufrechnung (s.o. B) nicht in das Aufrechnungsrecht. Mithin ist § 389 BGB in vier Beziehungen zu berichtigen: Erstens ist er von Hauptforderungen auf Hauptrechte auszudehnen, zweitens sind deren Übertragungen oder Belastungen zu berücksichtigen (s.o. A I), drittens ist die mittelbare Wirkung im allgemeinen sowie die Konfusionswirkung im besonderen nicht zu behandeln, viertens die dispositive Natur der Rückwirkung hervorzuheben (s.o. A II Anm. 5). Dann lautet § 389 BGB etwa wie folgt: "Die Aufrechnung bewirkt, daß das Hauptrecht auf den Gegengläubiger und die Gegenforderung auf den Hauptberechtigten übergeht. Die Belastungen des Hauptrechtes gehen auf die Gegenforderung über. Die Aufrechnung wirkt zurück auf den Zeitpunkt, in dem das Aufrechnungsrecht ausübbar wurde, sofern nicht der Aufrechnende einen späteren Zeitpunkt bestimmt."¹²⁾

12) Wollte man die Möglichkeit einer sog. "Doppelwirkung" erwähnen (s.o. A II a.E. und Anm. 6), so könnte dies folgendermaßen geschehen: "Hat der Hauptberechtigte aufgerechnet, so kann der Gegengläubiger eine Rückwirkung bis auf den Zeitpunkt bestimmen, in dem sein Aufrechnungsrecht ausübbar wurde, wenn dieser vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Aufrechnungswirkung liegt."

bb. RANDPROBLEME

§ 16 Abtretungsrecht

Ü b e r s i c h t

A. Gutglaubenserwerb	104
I. Das Aufrechnungsrecht	104
II. Der Vorrang des Aufrechnungsrechtes	105
III. Die Gleichzeitigkeit	108
B. Aufrechnungsgegnerschaft kraft guten Glaubens	109
C. Rückgriffsmöglichkeiten des Aufrechnungsgefährdeten und Aufrechnungsgeschädigten	111
D. Ergebnis	112

A. Gutglaubenserwerb

I. Das Aufrechnungsrecht

Grundsätzlich ist der Gutglaubensschutz auf rechtsgeschäftliche Verfügungen beschränkt. Das Aufrechnungsrecht entsteht aber kraft "Gesetzes" (s.o. § 9 A I 2 a.A.). Soll dennoch ein Gutglaubenserwerb möglich sein, so bedarf es im Gesetz besonderer Anordnung. Diesem Bedürfnis trägt § 406 BGB Rechnung. Da das Aufrechnungsrecht als ein angelehntes Verwertungsrecht betrachtet werden kann (s.o. § 8 B I), liegt ein Vergleich mit dem Gutglaubenserwerb bei den gesetzlichen Besitzpfandrechten auf der Hand.¹⁾ Die Grundlage des Gutglaubensschutzes ist jedoch verschieden. Dieser beruht das eine Mal auf dem von dem Besitz ausgehenden Rechtsschein und das andere Mal auf dem Gedanken des Schuldnerschutzes.²⁾ Schuldnerschutz ist der Zweck sowohl des § 407 BGB

1) Vgl. BGHZ 34, 153; 35, 53 (61); OLG Celle NJW 1953, 1470⁶; Baur § 55 C II 2 a Abs. II; Eichler 2. Bd. S. 546 Anm. 23 und Text dazu; Erman-Ronke zu § 1257 Anm. 2; Frohn; J. v. Gierke SR § 62 V 2; Henke; Palandt-Hoche zu § 1257 Anm. 2; Planck-Flad zu § 1257 Anm. 3 a; RGRK-BGB-Kregel zu § 1257 Anm. 2; Rudolf Schmidt 2. Tl. I; Soergel-Siebert-Augustin zu § 1257 Anm. 3 a.A.; Staudinger-Spreng zu § 1257 Anm. 5; Westermann § 133 I; Wolff-Raiser § 163 III 1 a und 2.

2) Man beachte die Stellung von § 406 BGB am Anfang der übrigen Schuldnerschutzvorschriften des Abtretungsrechts.

als auch der §§ 408; 409 BGB. So erhebt sich die Frage, ob § 406 BGB, dessen Wortlaut nur den Fall des § 407 BGB deckt, auf die Fälle der §§ 408; 409 BGB ausdehnend anwendbar ist. Auf diese Frage wird erst zu unten § 22 B einzugehen sein. Das ergibt sich aus folgendem: Bei dem Gutgläubenserwerb des Aufrechnungsrechtes muß es aus der Sicht des Erwerbers den Anschein haben, als sei Gegenseitigkeit eingetreten. In dem Entstehungstatbestand des Aufrechnungsrechtes wird also die wirkliche durch eine vermeintliche Gegenseitigkeit ersetzt. Sie gibt für die Gliederung den Ausschlag. Was § 406 BGB in Bezug auf den Mitübergang des Aufrechnungsrechtes bei Abtretung der Hauptforderung und in Bezug auf die Fälligkeit der Gegenforderung bestimmt, ist ebenfalls an anderer Stelle zu erörtern (s.o. § 8 C und unten § 21).

II. Der Vorrang des Aufrechnungsrechtes

Aus §§ 1275; 1070 I BGB folgt, daß § 406 BGB auf die Aufrechnung gegen eine verpfändete oder mit einem Nießbrauch belastete Forderung entsprechende Anwendung findet (s.o. §§ 5 A; 6 a.A.). Damit scheint beidemal ein Gutgläubenserwerb anerkannt zu sein. Sein Gegenstand ist im Falle einer Abtretung der Hauptforderung das Aufrechnungsrecht und im Falle ihrer Belastung sein Vorrang vor dieser. An die Stelle der vermeintlichen Gegenseitigkeit tritt das vermeintliche Ältersein des Aufrechnungsrechtes. Was §§ 1275 (406); 1070 I (406) BGB über dessen Erstrang aussagen, wurde schon zu oben § 12 B I behandelt. Mit vorstehender Maßgabe kann hier auf das zu oben I Ausgeführte verwiesen werden. Zweifel an der Zulässigkeit des Gutgläubensschutzes entstehen für die Verpfändung aus einem Vergleich mit der Beschlagnahme (s.o. § 5 B II). Sie zwingen zu einer Besinnung auf den Zweck des abtretungsrechtlichen Gutgläubensschutzes. Er besteht, wie bereits zu oben I erwähnt, in dem Schutz des Schuldners. Sein Schutzbedürfnis wird durch den Mangel einer an ihn zu richtenden Anzeige in dem Abtretungs- oder Belastungstatbestand begründet (vgl. §§ 398; 1069 I BGB).

Es entfällt folglich, wenn dem Schuldner eine nichttatbestandsmäßige Anzeige zugeht³⁾ oder wenn eine Anzeige zum Tatbestand der Belastung gehört (vgl. § 128o BGB).⁴⁾ Daher muß der Gutgläubenserwerb des Vorrangs des Aufrechnungsrechtes für den Fall

3) Hölder S. 104 Abs.II scheint als erster hier den Gutgläubensschutz abgelehnt zu haben. Ihm folgen OLG München BayZ 1927, 64 (65); Josef S. 132 bei Zustellung einer Abtretungsanzeige gemäß § 132 I BGB unter Berufung auf BGB-Motive 1. Bd. S. 160; Cертmann zu § 407 Anm. 1 a Abs.II a.E.; Warneyer-Buchwald zu § 406 Text zu Anm. 12 und zu § 407 Text zu Anm. 13; ferner Windscheid-Kipp § 331 S. 374 Abs.III, wo die Meinung von Hölder, wenn auch nur de lege ferenda, gutgeheißen wird; a.M. RGZ 135, 247 (251) mit der unrichtigen Begründung, die Gegenmeinung laufe darauf hinaus, die fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis gleichzusetzen, was in der Tat mit dem Gesetz unvereinbar ist (s.u. Anm. 11). Wie das Reichsgericht BGH NJW 1960, 1805³ a Abs.II; Blo-meyer SchR § 43 V 1 a Abs.I; Enneccerus-Lehmann § 80 I 1 Abs.IV; Erman-Westermann zu § 406 Anm. 2 Abs.II und zu § 407 Anm. 3 Abs.I; Larenz § 30 IV Abs.III a.E.; Palandt-Danckelmann zu § 406 Anm. 2 a.A. und zu § 407 Anm. 2; Planck-Siber zu § 406 Anm. 2 a; RGK-BGB-Löschner zu § 406 Anm. 7 Abs.III und zu § 407 Anm. 7 Abs.V; Simon S. 725, der aber über § 242 BGB "für bestimmte Fälle zu einem ähnlichen Ergebnis" wie Hölder kommt (zustimmend RGZ 135, 247, 251); Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 407 Anm. 4; Staudinger-Werner zu § 406 Anm. II 1 a.E. und zu § 407 Anm. II; vgl. auch Lang § 5 III c Abs.III a.E..

4) Zu beachten ist, daß nach § 128o BGB ausnahmsweise eine Verpfändung auch ohne Anzeige wirksam sein kann, s.u. § 17 A II 1 a. - Siehe auch Art. 448 ZGB-Griechenland: "Nach der Abtretungsanzeige an den Schuldner kann dieser eigene Forderungen gegen den Zedenten, die nach der Anzeige entstanden sind, zur Aufrechnung gegen den Zessionar nicht geltend machen." Vgl. in diesem Zusammenhang auch Artt. 167; 455 und 460 ZGB-Griechenland, aus denen sich ergibt, daß der ohne Zustimmung des Schuldners gültige Abtretungsvertrag diesem gegenüber erst mit Zugang der Abtretungsanzeige wirksam wird. Dem Art. 448 ZGB-Griechenland entsprechen Art. 1295 Abs.II des französischen Code Civil (s.u. § 25 Anm. 2), Art. 1248 Abs.II des italienischen Codice Civile und Art. 1021 Satz 2 des brasilianischen Codigo Civil.

einer Verpfändung der Hauptforderung ausgeschlossen werden.⁵⁾ Mit Recht fehlt somit im Gesetz bei der vollstreckungsrechtlichen und der konkursrechtlichen Beschlagnahme ein Gutgläubensschutz (s.o. §§ 4 B II; 7 B).⁶⁾ Denn diese wird dem Schuldner der beschlagnahmten Forderung in der Regel durch Zustellung angezeigt (vgl. insbesondere §§ 829 III; 845 II ZPO; 22 II 2 ZVG; 111; 76; 77 KO).⁷⁾ Nach Zustellung des Beschlusses oder Zugang der Anzeige hat billigerweise der Schuld-

5) So Hirsch S. 300 Anm. 2; Josef S. 132 bei Zustellung einer Verpfändungsanzeige gemäß § 132 I BGB unter Berufung auf BGB-Motive 1. Bd. S. 160; Lang § 5 III c 8 Abs.I; Schollmeyer vor § 398 Anm. 3 Abs.I; Siber § 12 I 4 c a.E.; Weigelin § 8 Text zu Anm. 78; a.M. RGZ 87, 412 (416); OLG Stuttgart 16, 303 (305); Biermann zu § 1275 Anm. 1; Enneccerus-Lehmann § 70 I 4 a; Erman-Ronke zu § 1275 Anm. 1; Kreß S. 557 Anm. 20; Oertmann zu § 407 Anm. 5 Abs.II; Palandt-Hoche zu § 1275 Anm. 1; Planck-Flad zu § 1275 Anm. 1 Abs.I; RGRK-BGB-Löschner zu § 407 Anm. 10 a.A. und RGRK-BGB-Kregel zu § 1275 Anm. 1 Abs.I; Soergel-Siebert-Augustin zu § 1275 Anm. 1; Staudinger-Spreng zu § 1275 Anm. 1 c; Wolff-Raiser § 175 V 1 Abs.II.

6) Soweit aber § 8 II, III KO einen Gutgläubensschutz zuläßt, darf er im Hinblick auf §§ 406, 407 BGB nicht auf Leistungen an den Gemeinschuldner beschränkt bleiben, sondern muß auf den Gutgläubenserwerb des Vorrangs des Aufrechnungsrechtes vor dem Konkursbeschlag ausgedehnt werden. Die Rechtsähnlichkeit der angeführten Vorschriften ist bekannt, vgl. de Boor-Erkel § 25 IV 2 Abs.I; Kohler LF § 13 III Abs.I a.A.; RGRK-BGB-Löschner zu § 407 Anm. 10 a.E.; Seuffert § 27 Anm. 6; Staudinger-Werner zu § 407 Anm. V Abs.II; v. Tuhr AT § 49 Anm. 82 und Text dazu. Trotzdem vermißt man eine darauf aufbauende Analogie. Zum Teil wird sie ausdrücklich abgelehnt, vgl. Jaeger-Lent zu § 53 Anm. 2 und zu § 55 Anm. 9 Abs.I, obwohl § 8 II, III KO auf die Ersetzungsbefugnis des Schuldners angewandt wird (zu § 8 Anm. 13 a.E.), was wegen der Ersetzungsbefugnistheorie bedeutsam ist (s.o. § 8 B II 2 a.A.); ferner Lang § 38 III b Abs. II und Seuffert § 38, 3 a.E..

7) Der Ausnahmefall, daß die Beschlagnahme dem Drittschuldner gegenüber im Zeitpunkt seiner Kenntnisnahme von ihr wirksam wird (§ 22 II 2 ZVG), kommt nicht in Betracht, weil hier der Zeitraum, in dem der Gutgläubenserwerb stattfinden kann (s.u. III), völlig zusammenschumpft. — Der Gutgläubensschutz des § 8 II, III KO (s.o. Anm. 6) erhält seine Rechtfertigung einmal dadurch, daß der offene Arrest im Gegensatz zum Arrestatorium nur deklaratorisch wirkt (s.u. § 20 Anm. 11), zum anderen dadurch, daß die öffentliche Bekanntmachung eine besondere Zustellung ersetzt (vgl. § 76 III KO). Allerdings ließ sich der Gesetzgeber von allgemeinen Billigkeitserwägungen leiten, vgl. KO-Materialien (Motive) SS. 64 und 65.

ner das Risiko der Kenntnissnahme zu tragen.⁸⁾ Die Rechtsprechung, die häufig versucht, es von ihm abzuwälzen,⁹⁾ findet weder in dem Wortlaut noch in dem Sinn des Gesetzes eine Stütze.

III. Die Gleichzeitigkeit

Der Zeitraum, in dem ein Gutgläubenserwerb des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs stattfinden kann, liegt nach Abtretung oder Belastung der Hauptforderung und vor Kenntnis-

8) Das folgt aus der gesetzlich anerkannten Zugangstheorie und ihrer Begründung, vgl. § 130 I 1 BGB; BGB-Motive 1. Bd. SS. 156 und 157; ferner Enneccerus-Nipperdey § 158 II A Abs. I und 1 e; Erman-Westermann zu § 130 Anm. 1; Gareis-Oertmann zu § 130 Anm. 1 c Abs. III; Lehmann § 32 II 2 Abs. II; Müller-Erzbach § 8, 1; Palandt-Danckelmann zu § 130 Anm. 1 b; Planck-Flad zu § 130 Anm. 1 Abs. I; RGRK-BGB-Krüger-Nieland zu § 130 Anm. 2, insbesondere a. E.; Soergel-Siebert-Hefermehl zu § 130 Anm. 4; Staudinger-Coing zu § 130 Anm. 2 Abs. III; v. Tuhr AT § 61 III 2 Abs. III; Windscheid-Kipp § 72 S. 340 und § 306.

9) Vgl. RGZ 87, 412 (415); OLG Stuttgart 16, 303; KG JW 1936, 2000⁸²; Anwendung von § 407 BGB auf den Drittschuldner, der in Unkenntnis einer durch Ersatzzustellung bewirkten Pfändung an den Vollstreckungsschuldner zahlt, wobei das Kammergericht unverschuldete Unkenntnis verlangt und dem Drittschuldner die Beweislast auferlegt. Ebenso Baumbach-Lauterbach zu § 829 Anm. 7 A und B c; de Boor-Erkel § 8 III 5 Abs. II; Enneccerus-Lehmann § 82 II 4; Esser § 92, 3 Abs. III a. E.; Gaupp-Stein-Jonas-Schönke-Pohle zu § 829 Anm. VII 1 a; Oertmann zu § 407 Anm. 5 Abs. I, der auch folgerichtig eine Anwendung von § 406 BGB auf die Pfändung anerkennt (zu § 406 Anm. 6 Abs. II), ohne jedoch seine gegenteiligen Ausführungen zu § 392 Anm. 3 zu bedenken; Planck-Flad zu § 1275 Anm. 1 Abs. I a. E.; RGRK-BGB-Kregel zu § 1275 Anm. 6 und RGRK-BGB-Löschner zu § 407 Anm. 10, der aber unfolgerichtig eine Anwendung von § 406 BGB auf die Pfändung aufgrund des Wortlauts von § 392 BGB ablehnt (zu § 406 Anm. 12 und zu § 412 Anm. 16); Rosenberg § 193 II 5 b Abs. I; Schönke-Baur § 25 VII 5 a Abs. II; Simon; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 407 Anm. 2 a. E. und zu § 412 Anm. 4 a. A. sowie Soergel-Siebert-Augustin zu § 1275 Anm. 5; Staudinger-Spreng zu § 1275 Anm. 2 Abs. II; Stein § 3, 2; Warneyer-Buchwald zu § 407 Anm. IV Abs. II, allerdings gleichfalls unfolgerichtig zu § 406 Anm. VI Abs. II Text zu Anm. 25; Wieczorek zu § 829 Anm. G III b 2 Abs. III; a. M. RGZ 22, 404 (410); OLG Hamburg 11, 185; BGB-Motive 1. Bd. S. 214 und 2. Bd. S. 112 a. A.; BGB-Protokolle 1. Bd. S. 373 a. E. und S. 393 X sowie 2. Bd. S. 473 Anm. 2 und Text dazu; Börner Text zu Anm. 29; Fabian; Josef I; Kreß S. 517 Abs. I; Lang § 5 III c 8 Abs. III; Planck-Siber zu § 407 Anm. 6 Abs. II; Schallmeyer vor § 398 Anm. 3 Abs. I; Siber § 12 I 4 c a. E.; Staudinger-Werner zu § 407 Anm. V Abs. I; Weigel § 8 Text zu Anm. 80.

nahme davon. Der Gutgläubenserwerb ist nur möglich, wenn im Erwerbszeitpunkt noch guter Glaube vorhanden ist. Daher schadet selbst eine Bösgläubigkeit, die erst gleichzeitig mit dem Erwerb eintritt, sofern dieser Extremfall überhaupt vorkommen sollte. Zumindest trägt der Gesetzeswortlaut ihm Rechnung (s.o. §§ 3 C I 1; 5 B I; 6 a.E.). Allerdings dürfte die richtige Ausdrucksweise des Gesetzes hier wie zu oben § 12 B II unbeabsichtigt sein. Denn in § 575, 2 BGB heißt es anstatt von "bei" (so § 406 BGB) "nachdem" (s.o. § 3 D IV). Von dem obigen Extremfall ist derjenige zu unterscheiden, daß die Übertragung oder Belastung des Hauptrechtes mit der Begründung des Aufrechnungsrechtes zeitlich zusammenfällt. Das ist bedeutsam, wenn der Gutgläubensschutz entfällt, sei es regelmäßig wie bei der Verpfändung sowie der vollstreckungsrechtlichen und der konkursrechtlichen Beschlagnahme, sei es ausnahmsweise wie bei der Abtretung und der Bestellung eines Nießbrauchs, wenn der Schuldner von Anfang an davon Kenntnis hat. Hier gilt, daß die Gleichzeitigkeit nicht schadet (s.o. §§ 8 C; 12 A III). Der auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinende Unterschied in den Regelungen der beiden Extremfälle (s.o. § 4 C II 2) erhellt somit daraus, daß diese in Wahrheit nicht vergleichbar sind.

B. Aufrechnungsgegnerschaft kraft guten Glaubens

Es wurde zu oben §§ 14 B und 15 C nachgewiesen, daß die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem zur Verfügung über das Hauptrecht Befugten erfolgt, daß, wenn mehrere Rechte an dem Hauptrecht bestehen, die Erklärung gegenüber dem zur Verfügung über eines der Rechte Befugten genügt. Zur Verfügung über die Hauptforderung sind nach Abtretungsrecht auch der bisherige Gläubiger (vgl. § 407 I BGB), der Dritte im Sinne von § 408 BGB und der durch eine Abtretungsurkunde oder -anzeige Legitimierte (vgl. § 409 I BGB) befugt.¹⁰⁾ Diese Personen sind demnach kraft

¹⁰⁾ Entgegen Enneccerus-Nipperdey § 144 I 3 und Lehmann § 15 II 2 c wird hier die Verfügungsbefugnis als ein unerläßliches Merkmal des Verfügungstatbestandes angesehen: Sie ist nicht nur grundsätzlich, sondern ausnahmslos zur Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts erforderlich. Davon muß die Frage der Rechtsgrundlosigkeit einer vom Gesetz zum Schutze des gutgläubigen Verfügungsgegners gewährten Verfügungsbefugnis scharf unterschieden werden (vgl. § 816 BGB).

guten Glaubens Aufrechnungsgegner. In §§ 407; 408 BGB liegt Gutgläubigkeit nur bei Unkenntnis vor,¹¹⁾ in § 409 I BGB dagegen schon bei nichtarglistiger Kenntnis.¹²⁾ Das gilt nach § 1070 I BGB für die Belastung der Hauptforderung mit einem Nießbrauch entsprechend (s.o. A II). Jedoch können sich die §§ 407 I; 408 BGB nicht auswirken. Denn der Gläubiger bleibt Gläubiger und die Bestellung eines zweiten Nießbrauchs ist rechtswirksam. Für die Verpfändung (vgl. § 1275 BGB) kommen die §§ 407 I; 408 BGB wegen der Verpfändungsanzeige (vgl. § 1280 BGB) nicht in Betracht (s.o. A II). Indessen ist § 409 I 1 BGB auf sie anwendbar. Einen dieser Vorschrift ähnlichen Zweck verfolgt § 836 II ZPO.¹³⁾ Die Aufrechnungsgegnerschaft

11) Fahrlässige Unkenntnis reicht nicht aus, weil sonst das Gesetz den Ausdruck "Kennenmüssen" gebraucht hätte (vgl. §§ 122 II; 405 a.E. BGB).

12) So RGZ 126, 183 (185); RG JW 1926, 2529⁵ (2530) mit zustimmender Anmerkung von Leo Raape; BGHZ 29, 76 (82); BGH BB 1956, 639 Nr. 1240; Blomeyer SchR § 43 VI 1 Abs.III; Enneccerus-Lehmann § 80 II 1 b; Erman-Westermann zu § 409 Anm. 3; Esser § 91, 4 c; Kreß S. 514 Anm. 68 und Text dazu; Larenz § 30 IV S. 345 Abs.I a.E.; F. Leonhard SchR § 341 Abs.V; Oertmann zu § 409 Anm. 1 a; RGRK-BGB-Löschner zu § 409 Anm. 2 Abs.I; Schollmeyer zu § 409 Anm. 1; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 409 Anm. 2; zweifelnd BGH Betrieb 1955, 603; Palandt-Danckelmann zu § 409 Anm. 1; Staudinger-Werner zu § 409 Anm. 1 Abs.I; a.M. noch § 306 II 2 E I BGB, der wie §§ 406-408 BGB bei Kenntnis den Schuldnerschutz versagt; ferner Heck SchR § 67, 8 mit gewichtigen Gründen; Planck-Siber zu § 409 Anm. 1 d, der Gutgläubigkeit nur bei Unkenntnis annimmt, aber guten Glauben an die fehlende Einziehungsbefugnis (vgl. § 362 II BGB) genügen läßt; Rieke Nr. 1; Warneyer-Buchwald zu § 409 Anm. I Abs.II a.E..

13) Vgl. OLG Stuttgart NJW 1961, 34¹⁴ Abs.IV; § 307 E I BGB: Der jetzige § 836 II ZPO war ursprünglich für das Bürgerliche Gesetzbuch vorgesehen; Baumbach-Lauterbach zu § 836 Anm. 2 A; Erman-Westermann zu § 409 Anm. 5; Esser § 92, 3 Abs.III a.A.; Gaupp-Stein-Jonas-Schönke-Pohle zu § 836 Anm. II Abs. I a.A.; Oertmann zu § 409 Anm. 6; Planck-Siber zu § 409 Anm. 6 Abs.II; RGRK-BGB-Löschner zu § 409 Anm. 5 Abs.I; Schönke-Baur § 25 VII 5 b Abs.I; Staudinger-Werner zu § 409 Anm. 5 Abs.II; Stein § 5 Abs.IV a.A.; Warneyer-Buchwald zu § 409 Anm. V; Wieczorek zu § 836 Anm. B II.

kraft guten Glaubens ist unabhängig von dem Gutgläubenserwerb des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs (s.o. A).¹⁴⁾ Außerdem beeinflusst sie nicht die Aufrechnungswirkung (s.o. § 15 A I). Letzteres folgt aus der gesetzlichen Synthese zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Verfall (s.o. § 15 A II). Danach steht Inhalt wie Zeitpunkt der Aufrechnungswirkung ipso iure fest. Die Aufrechnungserklärung bestimmt lediglich, ob die bereits feststehende Wirkung eintreten soll. Weiterhin spricht gegen eine Änderung der Aufrechnungswirkung, daß der Gutgläubensschutz nur soweit zu reichen braucht, als es zum Schutz des Gutgläubigen erforderlich ist, daß also außer dem Gutgläubiger grundsätzlich niemand begünstigt werden darf.

C. Rückgriffsmöglichkeiten des Aufrechnungsgefährdeten und Aufrechnungsgeschädigten

Gegen eine Untersuchung der Rückgriffsmöglichkeiten des Aufrechnungsgefährdeten und Aufrechnungsgeschädigten an dieser Stelle erheben sich zwei Bedenken. Einmal haben die Rückgriffsmöglichkeiten nur mittelbar etwas mit der Aufrechnung nach Übertragung oder Belastung zu tun. Zum anderen sind die Anknüpfungspunkte verstreut (s.o. §§ 8 C; 12 A III und unten § 22 B). Gleichwohl soll hier die Frage nach den Rückgriffsmöglichkeiten kurz im Zusammenhang beleuchtet werden. Für die Beurteilung dieser Frage ist die Aufrechnungswirkung entscheidend. Sie besteht in einem Austausch (s.o. § 15 A I): Die bisher an dem Hauptrecht Berechtigten sind nach der Aufrechnung an der Gegenforderung in gleicher Weise berechtigt. Diese stets gegebene Berechtigung wird infolge des Wortlautes von § 389 BGB weithin verkannt. Dann ist man auf andere Ansprüche angewiesen. In Betracht kommt namentlich Rechtsmängelhaftung des vor der Übertragung oder Belastung Berechtigten (vgl. §§ 434; 440; 365; 445; 515; 523; 757; 1624 II BGB). Anstatt von § 434 BGB wird im Schrifttum meist

¹⁴⁾ Vgl. F. Leonhard Schr § 341 Abs. III a.A., der darauf hinweist, daß die Frage der Aufrechnungsgegnerschaft kraft guten Glaubens nach § 407 BGB mit anderen, davon zu unterscheidenden Aufrechnungsproblemen "meistens durcheinander geworfen" werde.

§ 437 BGB angeführt.¹⁵⁾ Für § 434 BGB spricht aber, daß das Aufrechnungsrecht ein den Kaufgegenstand (das Hauptrecht) belastendes Recht eines Dritten (des Gegengläubigers) ist (s.o. § 8 B III a.E.), das schon vor Eintritt der Schädigung durch Aufrechnung eine Gefährdung darstellt. Bei Gutgläubenserwerb des Aufrechnungsrechtes (s.o. A I und unten § 22 B) sind Ansprüche aus "positiver Vertragsverletzung" möglich, wenn der bisherige Gläubiger es z.B. schuldhaft unterlassen hat, dem Schuldner die Abtretung anzuzeigen oder dem neuen Gläubiger gemäß § 402 BGB Auskunft zu erteilen oder Urkunden auszuliefern.¹⁶⁾ Entsprechendes gilt für den Gutgläubenserwerb des Vorrangs (s.o. A II). Ferner sind Ansprüche des Aufrechnungsgefährdeten aus ungerechtfertigter Bereicherung denkbar (§ 816 I 1 BGB analog).¹⁷⁾ Jedoch wird vielfach unter Verkenennung der Aufrechnungswirkung (s.o. B a.E.) § 816 II BGB genannt.¹⁸⁾

D. Ergebnis

Der eigentlich abtretungsrechtliche Gehalt von § 406 BGB besteht somit darin, daß der Gutgläubensschutz des Schuldners auf das Aufrechnungsrecht ausgedehnt wird, obwohl dieses kraft "Ge-

15) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 80 I 4 c Abs.IV und § 106 II 2 Abs.I; Erman-Westermann zu § 406 Anm. 3; Esser § 104, 3 c Abs.I; Oertmann zu § 406 Anm. 5 und zu § 437 Anm. 1 c; Palandt-Gramm zu § 437 Anm. 2; Planck-Siber zu § 406 Anm. 4 Abs.I und Planck-Knoke zu § 437 Anm. 1 b Abs.I; RGRK-BGB-Löschner zu § 406 Anm. 8; Schollmeyer zu § 406 Anm. 4 a; Staudinger-Werner zu § 406 Anm. V 1 und Staudinger-Ostler zu § 437 Anm. 11; Warneyer-Buchwald zu § 437 Anm. I Abs.II; Weismann S. 40 Abs.VI und S. 41 Abs.I.

16) Vgl. Esser § 91, 5 Abs.I; Kreß S. 511 Anm. 58; Planck-Siber zu § 406 Anm. 4 Abs.II a.E..

17) Die Anwendung von § 816 I 1 BGB begegnet folgenden Schwierigkeiten: Erstens fragt sich, ob eine Ausdehnung auf gesetzliche Erwerbstatbestände möglich ist (s.o. A I a.A.). Das dürfte für das Aufrechnungsrecht wie für die gesetzlichen Besitzpfandrechte zu bejahen sein. Zweitens muß die Unentgeltlichkeit dieser nicht-rechtsgeschäftlichen Verfügung verneint werden, um § 816 I 2 BGB ausschließen zu können. Denn sonst würde der Gutgläubensschutz von § 406 BGB wieder beseitigt. Drittens ist die Bestimmung des herauszugebenden Entgelts problematisch, das bei Sicherungsverträgen oft in einer Risikoprämie besteht (s.o. § 9 D: "Sicherungsinteresse").

18) Vgl. Planck-Siber zu § 406 Anm. 4 Abs.II a.A.; RGRK-BGB-

setzes" entsteht. Das kann etwa folgendermaßen formuliert werden: "In Ansehung des Schuldnerschutzes steht es der rechtsgeschäftlichen Verfügung über die abgetretene Forderung gleich, wenn ein Aufrechnungsrecht an dieser begründet wird."

§ 17 Sachenrecht

Ü b e r s i c h t

A. Erwerb des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs kraft guten Glaubens	113
I. Die nichtakzessorischen Verwertungsrechte	113
II. Die akzessorischen Verwertungsrechte	114
1. Hypothek	114
a. Die Forderung als primäres Hauptrecht	114
b. Die Hypothek als primäres Hauptrecht	115
2. Pfandrecht	117
III. Die Nebenleistungen der Verwertungsrechte	118
B. Verlust des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs kraft guten Glaubens	119
I. Allgemeines	119
II. Das Hypothekenrecht	120
1. Rechtslage	120
2. Gesetz und Schrifttum	121
3. Ergebnis	122
C. Aufrechnungsgegnerschaft kraft guten Glaubens	123
D. Ergebnis	125

A. Erwerb des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs kraft guten Glaubens

 I. Die nichtakzessorischen Verwertungsrechte

Reallast und Grundschuld sind nichtakzessorische Verwertungsrechte (vgl. §§ 1105 I; 1191 I BGB). Als Grundstücksrechte unterliegen sie dem von dem Grundbuch ausgehenden Rechtsschein. Auf ihm beruht der Gutglaubensschutz des § 893 BGB. Die Ähnlich-

Löcherer zu § 406 Anm. 8; Schollmeyer zu § 406 Anm. 4 b; Staudinger-Werner zu § 406 Anm. V 2. — Das herauszugebende "Geleistete" im Sinne von § 816 II BGB wäre die Gegenforderung, die jedoch schon bei Aufrechnung auf den neuen Hauptgläubiger übergeht, nicht etwa auf den bisherigen Hauptgläubiger, in dessen Hand sie durch Konfusion erlöschen würde (s.o. § 15 A I und B II).

keit dieser Vorschrift mit § 407 I BGB ist offensichtlich. Das legt die Frage nahe, ob eine ausdehnende Anwendung von § 406 BGB möglich ist. Eine solche bezöge sich nicht auf den dem Abtretungsrecht eigentümlichen Schuldnerschutz, sondern auf die Gleichstellung der Begründung des Aufrechnungsrechtes mit einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über das Hauptrecht gegenüber dem Schuldner oder dem Ablösungsberechtigten. Der Wortlaut von § 406 BGB, der nur den Fall des § 407 BGB deckt (s.o. § 16 A I), vermag die Analogie nicht zu stützen. Für sie spricht jedoch, daß, wenn man die Gleichstellung einmal für einen bestimmten Gutglaubenstatbestand vollzogen hat, man sie folgerichtig auch in allen vergleichbaren Tatbeständen nachvollziehen muß.¹⁾ An einer Reallast und einer Grundschuld kann folglich das Aufrechnungsrecht oder sein Vorrang kraft guten Glaubens erworben werden (s.o. § 16 A). Der Gutglaubenserwerb interessiert hier lediglich insoweit, als er auf eine Unrichtigkeit des Grundbuchs zurückzuführen ist, die ihren Grund darin hat, daß eine eingetretene Übertragung oder Belastung nicht eingetragen wurde. Diese Unrichtigkeit ist wegen § 873 I BGB zwar selten, aber dennoch denkbar, z.B. bei Ablösung oder Surrogation nach §§ 1075 I; 1287, 1 BGB. Die Fälle einer anderweitigen Unrichtigkeit sind wie die §§ 408; 409 BGB (s.o. § 16 A I) erst zu unten § 22 B zu behandeln.

II. Die akzessorischen Verwertungsrechte

1. Hypothek

a. Die Forderung als primäres Hauptrecht

Bei der Aufrechnung gegen akzessorische Verwertungsrechte sind "primäre" und "sekundäre" Hauptrechte zu unterscheiden: Primär ist ein Hauptrecht, dessen Belastung mit dem Aufrechnungsrecht durch die Gegenseitigkeit bewirkt wurde, sekundär ein Hauptrecht, dessen Belastung auf der Akzessorietät beruht (s.o. § 9 B I). Ist die Forderung primäres Hauptrecht, so erhebt sich die Fra-

¹⁾ So OLG Hamburg HRR 1934, 851; Erman-Westermann zu § 387 Anm. 1 Abs. I a.E.; Heck Schr § 61a, 2 b; RGRK-BGB-Löschner zu § 387 Anm. 12.

ge, ob der abtretungsrechtliche Gutglaubensschutz (s.o. § 16 A) deshalb eine Einschränkung erleidet, weil die Abtretung der Hypothekenforderung in sachenrechtlichen Formen erfolgt (vgl. § 1154 BGB). Die Verneinung dieser Frage ergibt sich daraus, daß der Schuldner an der Hypothekenbestellung, d.h. an der Umwandlung der Forderung in eine Hypothekenforderung, nicht mitwirkt (vgl. §§ 1113 I; 873 I BGB; 867 I ZPO) und somit durch die Umwandlung nicht benachteiligt werden darf. Das läßt sich auch aus § 1156, 1 BGB entnehmen. Da im Hypothekenrecht die Verpfändungsanzeige entfällt (vgl. §§ 1280; 1154 BGB), ist im Gegensatz zu oben § 16 A II sogar ein Gutglaubenserwerb des Vorrangs des Aufrechnungsrechtes vor dem Hypothekenspfandrecht möglich.²⁾ Handelt es sich um eine Verkehrshypothek, so überträgt sich der Gutglaubenserwerb nicht auf diese (vgl. § 1156, 1 BGB). Das stellt eine Durchbrechung der Akzessorietät dar, die indessen angesichts der beschränkten Angelehntheit der Verkehrshypothek (vgl. insbesondere § 1138 BGB) nicht verwundert.³⁾ Die Anwendung von § 1156 BGB auf die Sicherungshypothek schließt § 1185 II BGB aus. Sie wird folglich als sekundäres Hauptrecht von dem Gutglaubenserwerb ergriffen.

b. Die Hypothek als primäres Hauptrecht

Nunmehr soll der Fall betrachtet werden, daß die Hypothek primäres Hauptrecht ist (s.o. a a.A.). Die Interessenlage des

2) Vgl. RGZ 52, 141 (143); Erman-Ronke zu § 1275 Anm. 1; Palandt-Hoche zu § 1275 Anm. 1; Planck-Flad zu § 1275 Anm. 1 Abs.I; RGRK-BGB-Kriegel zu § 1275 Anm. 1 Abs.I und zu § 1280 Anm. 3; Soergel-Siebert-Augustin zu § 1275 Anm. 1 und 3; Staudinger-Spreng zu § 1275 Anm. 1 c Abs.II.

3) Vgl. RGZ 67, 412 (413); 80, 92 (94); BGB-Motive 3. Bd. S. 711; BGB-Protokolle 3. Bd. S. 591 II; Baur § 38 VI 4 Abs.IV und V; Biermann zu § 1156 Anm. 2; Boehmer BürgA S. 214 Abs.II; Erman-Westermann zu § 1156 Anm. 1 Abs.II; Palandt-Hoche zu § 1156 Anm. 1 b; Planck-Strecker zu § 1156 Anm. 2; Ramdohr S. 373; RGRK-BGB-Schuster zu § 1156 Anm. 2; Soergel-Siebert-Baur zu § 1156 Anm. 1; Staudinger-Scherübl zu § 1156 Anm. 4; Warneyer-Buchwald zu § 1156 Abs.II; Westermann § 104 I 4 Abs.II.

Ablösungsberechtigten bei Verwertungsrechten ist der des Schuldners bei Forderungen rechtsähnlich. Daher muß an die Stelle des abtretungsrechtlichen Schuldnerschutzes (vgl. §§ 406-409 BGB) im Recht der Verwertungsrechte ein "Ablösungsberechtigtenschutz" treten. Für den Ablösungsberechtigtenschutz ist im Liegenschaftsrecht das Grundbuch maßgebend: Die entsprechende Anwendung der Schuldnerschutzvorschriften (vgl. § 413 BGB) wird durch die Sonderregelung des § 893 BGB erübrigt. Da das Schutzbedürfnis des Ablösungsberechtigten bei allen Verwertungsrechten gleich groß ist, muß der Ablösungsberechtigtenschutz des § 893 BGB für alle Grundpfandrechte unterschiedslos gelten. Folglich ist auf das zu oben I in Bezug auf die Grundschuld Ausgeführte zu verweisen. Die Hypothekenforderung wird als sekundäres Hauptrecht von dem Gutgläubenserwerb ergriffen. Besteht sie nicht, so beschränkt er sich auf das Grundpfandrecht.⁴⁾ Ist sie einredebehaftet, so bleibt sie es.⁵⁾ Denn der Schuldner, der an der Hypothekenbestellung nicht

4) Die Verkehrshypothek kommt ohne Forderung vor, und wird von einigen in diesem Fall als Grundschuld angesehen: So RGZ 137, 95 (97), (anscheinend für Grundschuld wegen Berufung auf Wolff § 137 II 3); RG Warn Rspr 1922 Nr. 14 (für forderungslose Hypothek); Baur § 38 IV 1 b Abs.I (für forderungslose Hypothek); Biermann zu § 1138 Anm. 3 (für forderungslose Hypothek); Blomeyer DRW S. 122 Abs.I (für forderungslose Hypothek); Boehmer BürgA S. 206 (für Grundschuld); Eichler 2. Bd. SS. 477 und 478 c Abs.II bis IV (wohl für forderungslose Hypothek, siehe aber Abs.IV a.A.); J. v. Gierke SR § 57 V 2 c (für Grundschuld, gegen forderungslose Hypothek); O. Gierke 2. Bd. § 160 IV 7 a.E.: (vermittelnd: inhaltlich Grundschuld - formell Hypothek); Heck SR § 82, 3 und 4 sowie § 96, 7 (wohl auch für Grundschuld); Palandt-Hoche zu § 1138 Anm. 2 b a.A. ("forderungsentkleidete Hypothek"); Planck-Strecker zu § 1138 Anm. 4 a Abs.I (für forderungslose Hypothek); RGRK-BGB-Schuster zu § 1138 Anm. 6 a.E. ("Die Hypothek mit nur fingierter Forderung ist in Wahrheit Grundschuld"); Staudinger-Scherübl zu § 1138 Anm. 2 Abs.I (gegen Grundschuld, für forderungslose Hypothek); Warneyer-Buchwald zu § 1138 Text zu Anm. 15 (für forderungslose Hypothek, gegen Grundschuld); Westermann § 106 III 3 (für forderungslose Hypothek); Wolff-Raiser § 137 II 3 (für Grundschuld).

5) Was für eine Verkehrshypothek ohne Forderung gilt, findet entsprechende Anwendung, wenn der Hypothekenforderung eine Einrede im engeren Sinne entgegensteht, vgl. Biermann zu § 1138 Anm. 3; Eichler 2. Bd. S. 483, 3 Abs.III; J. v. Gierke SR § 57 V 2 c; Heck SR § 96, 7; Palandt-Hoche zu § 1138 Anm. 3; Planck-Strecker zu § 1138 Anm. 4 a Abs.II; RGRK-BGB-Schuster zu § 1138 Anm. 8 und 13; Staudinger-Scherübl zu § 1138 Anm. 2 Abs.I; Warneyer-Buchwald zu § 1138 Text zu Anm. 16; Wolff-Raiser § 137 Anm. 13.

mitwirkt (s.o. a), behält den Schutz des § 404 BGB. Allerdings kann gegen dieses Ergebnis vorgebracht werden, es stehe hinsichtlich der Sicherungshypothek im Widerspruch zu dem Wortlaut des Gesetzes (vgl. §§ 1185 II; 1138; 893 BGB). Das Ergebnis ist aber durchaus mit dem Sinn und Zweck der Sicherungshypothek vereinbar (s.u. B II 2).

2. Pfandrecht

Ist die Forderung primäres Hauptrecht (s.o. 1 a), so gilt ohne Einschränkung der abtretungsrechtliche Gutglaubensschutz (s.o. § 16 A): Die Abtretung der Pfandforderung (vgl. §§ 1250; 1251 BGB) erfolgt im Gegensatz zur Abtretung der Hypothekenforderung (vgl. § 1154 BGB) nicht in sachenrechtlichen Formen, so daß die zu oben 1 a geäußerten Bedenken von Anfang an entfallen. Ein Gutglaubenserwerb des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs erstreckt sich auf das Pfandrecht als sekundäres Hauptrecht. Ist das Pfandrecht primäres Hauptrecht, so fragt sich, wie der Ablösungsberechtigtenschutz (s.o. 1 b) gewährleistet wird. Die Übertragung oder Belastung des Pfandrechtes trittkraft "Gesetzes" ein, wenn die Forderung übertragen oder belastet wird (vgl. insbesondere § 1250 I 1 BGB). Sie lebt, wie schon erwähnt, nicht nach Sachenrecht, das Pfandrecht folglich ebensowenig. Da somit eine sachenrechtliche Sonderregelung des Ablösungsberechtigten schutzes fehlt, finden auf ihn die Schuldnerschutzvorschriften entsprechende Anwendung (vgl. § 413 BGB).⁶⁾ Es kann demnach auf die Darlegungen zu oben § 16 A verwiesen werden. Indessen ist ein Gutglaubenserwerb des Vorrangs des Aufrechnungsrechtes vor einer Belastung (s.o. § 16 A II) nur dann ausgeschlossen, wenn die einschlägigen Bestimmungen so ausgelegt werden, daß die Belastung dem Ablösungsberechtigten anzuzeigen ist.⁷⁾ Die Pfandforderung wird als sekundäres Hauptrecht von dem Gut-

6) So Erman-Westermann zu § 407 Anm. 5 a.E.; F. Leonhard Schr § 341 Abs.II a.A.; Planck-Siber zu § 407 Anm. 1 a Abs.VI; RGRK-BGB-Löcherer zu § 407 Anm. 2 Abs.IV a.E.; Warneyer-Buchwald zu § 407 Anm. I Abs.IV.

7) Eine solche Auslegung dürfte möglich sein, scheint aber im Schrifttum nicht erwähnt.

glaubenserwerb ergriffen. Würde man de lege ferenda die Übertragung oder Belastung des Pfandrechts an Sachenrechten sachenrechtlich gestalten, so käme man zu ähnlichen Rechtssätzen, wie sie de lege lata für die Hypothek bestehen (s.o. 1). Das wird vereinzelt bereits für das geltende Recht vertreten.⁸⁾ Nach diesem hat jedoch eine Besitzveränderung (vgl. § 1251 I BGB) wie eine ihr entsprechende Grundbucheintragung (vgl. § 894 BGB) nur berichtigende Wirkung.⁹⁾

III. Die Nebenleistungen der Verwertungsrechte

Bei den Nebenleistungen der Grundpfandrechte sind fällige und nichtfällige zu unterscheiden (vgl. §§ 1158; 1159; 1192 II BGB). Die fälligen Nebenleistungen, die das Gesetz als "Rückstände" bezeichnet,¹⁰⁾ richten sich ausschließlich nach Forderungsrecht (vgl. §§ 1159 BGB; 830 III 1 ZPO). Die Rechtslage ist also wie im Pfandrecht (s.o. II 2), außer daß das Grundschuldrecht lediglich ein primäres Hauptrecht kennt. Für die nichtfälligen Nebenleistungen der Grundpfandrechte bleibt dagegen die liegenschaftsrechtliche Form der Übertragung oder Belastung er-

8) So Heck SR § 105 V und Westermann § 132 I 1 b; a.M. BGB-Motive 3. Bd. S. 837, 2; Baur § 55 B V 3; Biermann zu §§ 1250; 1251 Anm. 1 c; Eichler 2. Bd. S. 557 Anm. 51; Erman-Ronke zu § 1250 Anm. 1 a.E.; Flume S. 395 Anm. 17 und Text dazu; J. v. Gierke SR § 62 VIII 1 Abs.II und III a.A.; Palandt-Hoche zu § 1250 Anm. 1; Planck-Flad zu § 1250 Anm. 1 a Abs.I; RGRK-BGB-Kriegel zu § 1250 Anm. 1; Soergel-Siebert-Augustin zu § 1250 Anm. 1 und 5 a.A.; Staudinger-Spreng zu § 1250 Anm. 1 c; Warneyer-Buchwald zu § 1250 Text zu Anm. 2; Wolff-Raiser § 170 Anm. 4 und Text dazu.

9) Vgl. Biermann zu § 1273 Anm. 2 e; Heck SR § 120, 8 Abs. IV a.E.; Palandt-Hoche vor § 1273 Anm. 5A a.A.; Planck-Flad zu § 1273 Anm. 2 r Abs.I; Staudinger-Spreng zu § 1273 Anm. 9 d Abs.II; Warneyer-Buchwald zu § 1273 Text zu Anm. 12; Westermann § 136 II 4 Abs.II; Wolff-Raiser § 175 VI Abs.I a.E.

10) So RGZ 91, 297 (301); RG JW 1911, 953³⁰ (954); Erman-Westermann zu § 1159 Anm. 1; Heck SR § 97 I 1 Abs.I a.E.; Palandt-Hoche zu § 1159 Anm. 1; Planck-Strecker zu § 1159 Anm. 2 a Abs.1; RGRK-BGB-Schuster zu § 1159 Anm. 1; Soergel-Siebert-Baur zu § 1159 Anm. 1; Staudinger-Scherübl zu § 1159 Anm. 1a; Warneyer-Buchwald zu § 1159 Text zu Anm. 1; Westermann § 104 I 3 Abs.II.

halten. Gleichwohl kommt auch hier Forderungsrecht teilweise zur Anwendung, und zwar auf solche Nebenleistungen, die sich auf das laufende oder das folgende Kalendervierteljahr beziehen (vgl. § 1158 BGB). Offenbar soll es im Falle wiederkehrender Nebenleistungen nicht erforderlich sein, daß der Leistende jedesmal das Grundbuch einsieht und berichtigen läßt.¹¹⁾ Das in Bezug auf die Nebenleistungen der Grundpfandrechte Ausgeführte gilt ebenso für die einzelnen Leistungen der Reallast (vgl. § 1107 BGB). Über das Pfandrecht ist in diesem Zusammenhang nichts Besonderes zu sagen. Denn Hauptleistung und Nebenleistungen leben nicht nach Sachenrecht (s.o. II 2).

- B. Verlust des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs kraft guten Glaubens
- I. Allgemeines

Kann das Hauptrecht oder ein Recht an diesem kraft guten Glaubens erworben werden, so ist erst recht ein Gutgläubenserwerb der Lastenfreiheit oder des Vorrangs möglich. Anders ausgedrückt: Kann das Hauptrecht kraft guten Glaubens entzogen oder belastet werden, so kann erst recht eine Belastung des Hauptrechtes kraft guten Glaubens erlöschen oder ihren Vorrang verlieren. Es wurde zu oben § 8 B a.A. nachgewiesen, daß das Aufrechnungsrecht eine Belastung des Hauptrechtes darstellt. Folglich ist ein Verlust des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs kraft guten Glaubens möglich, wenn das Hauptrecht oder ein Recht an diesem kraft guten Glaubens erworben werden kann. Ist das Hauptrecht eine Forderung oder lebt es nach Forderungsrecht (s.o. A II 2 und III), so findet nach bürgerlichem Recht mangels Rechtsscheins ein Gutgläubenserwerb nicht statt (§ 404 analog und argumentum e contrario § 405; vgl. ferner §§ 1070 I; 1275; 1158 a.E.; 1159 II BGB). Ist das Hauptrecht dagegen ein Grundpfandrecht oder eine Reallast, so greift der öffentliche Glaube des Grundbuchs ein (vgl. §§ 892;

11) Vgl. KGJ 42 A 248 (254); Baur § 38 VIII Abs.I; Erman-Westermann zu § 1158 Anm. 1 Abs.II; vor allem Heck SR § 97 I 1 Abs.III; ferner Palandt-Hoche zu § 1158 Anm. 1 b; Planck-Streicher zu § 1158 Anm. 3 b a.E.; Soergel-Siebert-Baur zu § 1158 Anm. 4 a. E.; Staudinger-Scherübl zu § 1158 Anm. 1b Abs.I a.E..

893 BGB). Während das Ausmaß des öffentlichen Glaubens, den die Eintragung eines nichtakzessorischen Verwertungsrechtes (s.o. A I) genießt, sich ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, wirft im Hypothekenrecht die Akzessorietät eine Reihe von Fragen auf, die zu unten II einer gesonderten Betrachtung unterzogen werden sollen. Infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs besteht also die Möglichkeit eines Verlustes des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs. Daher müssen dem Aufrechnungsberechtigten auch die Mittel zur Abwendung des Verlustes (vgl. §§ 894-899 BGB) zugestanden werden.¹²⁾ Der Verlust schließt einen Neuerwerb kraft guten Glaubens keineswegs aus, sofern die zu oben A genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

II. Das Hypothekenrecht

1. Rechtslage

In Bezug auf den öffentlichen Glauben, den die Eintragung einer Hypothek genießt, sind vier Unterscheidungen notwendig. (a) Erstens ist zu unterscheiden, ob es sich um das Verwertungsrecht oder um die Forderung handelt. (b) Handelt es sich um die Forderung, so ist zweitens zu unterscheiden, ob der Gutgläubenserwerb den Gläubiger oder den Schuldner benachteiligt. (c) Benachteiligt der Gutgläubenserwerb den Schuldner, so ist drittens zu unterscheiden, ob es sich um ein Ablösungsgeschäft oder um ein Verkehrsgeschäft handelt. (d) Handelt es sich um ein Verkehrsgeschäft, so ist viertens zu unterscheiden, ob eine Verkehrshypothek oder eine Sicherungshypothek vorliegt. (a) Zu Unterscheidung eins: Das Hypothekenverwertungsrecht steht hinsichtlich des öffentlichen Glaubens den nichtakzessorischen Verwertungsrechten (s.o. I) gleich. (b) Zu Unterscheidung zwei: Die Übertragung oder Belastung der Hypothekenforderung vollzieht sich in den Formen des Sachenrechts (vgl. insbesondere § 1154; ferner §§ 1069 I; 1274 I BGB; 830 I; 837 I ZPO). Deshalb genießt auch die Eintra-

12) Vgl. Koban V. Abschnitt, insbesondere Abs. II (für Eintragbarkeit der Gegenforderung ins Grundbuch); ferner Staudinger-Scherübl zu § 1157 Anm. 8 a.E. (für Anwendung von § 1157, 2 BGB auf das Aufrechnungsrecht des Eigentümers). Siehe in diesem Zusammenhang auch unten Anm. 20.

gung der Hypothekenforderung grundsätzlich öffentlichen Glauben. Dieser entfällt ausnahmsweise, wenn er zum Nachteil des Schuldners wäre. Denn der Schuldner, der an der Hypothekenbestellung nicht mitwirkt, darf durch sie nicht benachteiligt werden (s.o. A II 1 a), wohl aber der Gläubiger und sonstige Forderungsberechtigte. (c) Zu Unterscheidung drei: Scheitert ein Gutgläubenserwerb, weil er zum Nachteil des Schuldners wäre, so eröffnen sich nur zwei Möglichkeiten. Entweder wird die Akzessorietät durchbrochen und ein auf das Verwertungsrecht beschränkter Gutgläubenserwerb zugelassen oder die Akzessorietät wird aufrechterhalten und jeglicher Gutgläubenserwerb unterbleibt. Die Durchbrechung erfolgt bei allen Ablösungsgeschäften, um den Ablösungsberechtigtenschutz (s.o. A II 1 b) zu gewährleisten. (d) Zu Unterscheidung vier: Bei den Verkehrsgeschäften durchbricht, um den Hypothekenverkehr zu schützen, die Verkehrshypothek die Akzessorietät, während die Sicherungshypothek sie im Interesse der Ablösungsberechtigten, vornehmlich des Eigentümers, aufrechterhält.

2. Gesetz und Schrifttum

Aus § 1185 II BGB folgt, daß § 1138 BGB die Rechtsgrundlage des Unterschieds sein soll, der zwischen Verkehrshypothek und Sicherungshypothek bezüglich des öffentlichen Glaubens besteht. Dieser Unterschied beschränkt sich nach dem zu oben 1 Ausgeführten auf diejenigen Verkehrsgeschäfte, bei denen der öffentliche Glaube zum Nachteil des Schuldners wäre. Vorstehende Beschränkung ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes. Sie ist vielmehr erst im Wege der Auslegung oder Anwendung zu erreichen. Das Schrifttum, das sich durchweg eng an den Gesetzeswortlaut anlehnt, ist mehrfach in Widersprüche verwickelt. In Übereinstimmung mit §§ 1185 II; 1138; 893 BGB fehlt einmal die Unterscheidung zwischen Ablösungsgeschäften und Verkehrsgeschäften, bei denen der öffentliche Glaube zum Nachteil des Schuldners wäre (s.o. 1 c). Für die Verkehrshypothek ändert sich im Ergebnis zwar nichts. Aber die Durchbrechung der Akzessorietät bei den Ablösungsgeschäften muß unzutreffend mit dem Schutz des Hypothekenverkehrs begründet werden, während in Wahrheit Ablösungsberech-

tigtenschutz vorliegt. Für die Sicherungshypothek dagegen ändert sich das Ergebnis insofern, als auch bei den Ablösungsgeschäften die Akzessorietät aufrechterhalten bleibt. Die Aufrechterhaltung schadet dann gerade denjenigen, denen sie nützen soll, nämlich den Ablösungsberechtigten (s.o. 1 d). Zum anderen wird weithin verkannt, daß der öffentliche Glaube, wenn er den Gläubiger benachteiligt, für die Hypothekenforderung in gleicher Weise gilt wie für das Hypothekenverwertungsrecht (s.o. 1 b). Daher wird einerseits darüber gestritten, ob bei der Verkehrshypothek auch in diesem Fall eine Durchbrechung der Akzessorietät stattfindet,¹³⁾ andererseits darüber, ob zwischen Verkehrshypothek und Sicherungshypothek hier ein Unterschied bestehe.¹⁴⁾

3. Ergebnis

Ein Verlust des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs kraft guten Glaubens ist möglich, wenn das Hauptrecht oder ein Recht an diesem kraft guten Glaubens erworben werden kann (s.o. I). Ist das Hauptrecht eine Hypothek, so greift der öffentliche

13) Bejahend Biermann zu § 1138 Anm. 3 a.E.; Boehmer BürgA S. 216; Heck SR § 96, 7; verneinend Baur § 38 IV 1 d a.E.; Eichler 2. Bd. S. 478 Abs.IV; Erman-Westermann zu § 1138 Anm. 6 Abs.I; Oertelt; Palandt-Hoche zu § 1138 Anm. 2 b a.E.; Planck-Strecker zu § 1138 Anm. 4 a Abs.I a.E.; RGRK-BGB-Schuster zu § 1138 Anm. 10; verneinend im Gegensatz zur Voraufgabe Staudinger-Scherübl zu § 1138 Anm. 2 Abs.I a.E.; ebenfalls verneinend Westermann § 106 III 4 und Wolff-Raiser § 137 II 1 d Abs.I und II.

14) Vgl. Eichler 2. Bd. S. 478 Abs.IV Anm. 209 Abs.II a.E., der für die Anwendbarkeit von § 892 BGB auf die Sicherungshypothek eintritt, "wenn die Hypothek und Forderung zwar bestehen, aber nicht dem Zedenten, sondern einem anderen zustehen (eine vorausgegangene nichtige Zession ist z.B. im Grundbuch eingetragen)." Mit anderen Worten: Der Fall zu oben Anm. 13 wird auf die Sicherungshypothek übertragen und dort in gleicher Weise beurteilt. Vgl. ferner Planck-Strecker zu § 1185 Anm. 1 b Abs.II: Für Anwendbarkeit von § 893 BGB, "sofern die Forderung wirklich besteht." Wie Planck-Strecker Warneier-Buchwald zu § 1185 Text zu Anm. 2. Gegen die Anwendbarkeit von § 892 und 893 BGB: Wolff-Raiser § 151 I 3. Gegen die Anwendbarkeit von § 893 BGB: Baur § 42 II 4 Abs.II und III; Biermann zu § 1185 Anm. 2 a Abs.III; Goldmann-Lilienthal-Sternberg § 79 IV 3 a und b; Heck SR § 98, 4 Abs.II a.E.; Palandt-Hoche zu § 1184 Anm. 2 a.E.; RGRK-BGB-Schuster zu § 1185 Anm. 3; Soergel-Siebert-Baur zu § 1185 Anm. 2 b a.E.; Staudinger-Scherübl zu § 1185 Anm. 2d Abs.I; Westermann § 110 III 2 Abs.III und IV.

Glaube des Grundbuchs nach Maßgabe der Darlegungen zu oben 1 und 2 ein. Im Hypothekenrecht hängt also der Verlust von verschiedenen Umständen ab. Steht das Aufrechnungsrecht nicht dem Schuldner zu, so wirkt sich der öffentliche Glaube voll aus (s.o. 1 a und b). Ist die Hypothekenforderung jedoch primäres Hauptrecht, so bleibt sie mit dem Aufrechnungsrecht nach wie vor belastet, weil der Schuldner durch die Hypothekenbestellung, an der er nicht mitwirkt, nicht benachteiligt werden darf (s.o. 1 b). Dennoch ist hier unter Durchbrechung der Akzessorietät ein auf das Verwertungsrecht beschränkter Verlust möglich (s.o. 1 c und d). Das trifft namentlich auf die Verkehrsgeschäfte der Verkehrshypothek zu. Bei diesen führt der Verlust zu dem gleichen Ergebnis wie die Anwendung von § 1156, 1 BGB (s.o. A II 1 a). Darin liegt eine Bestätigung für die Richtigkeit des Ausgeführten.

C. Aufrechnungsgegnerschaft kraft guten Glaubens

Es wurde zu oben §§ 14 B und 15 C nachgewiesen, daß die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem zur Verfügung über das Hauptrecht Befugten erfolgt, daß, wenn mehrere Rechte an dem Hauptrecht bestehen, die Erklärung gegenüber dem zur Verfügung über eines der Rechte Befugten genügt. Zur Verfügung über das Hauptrecht ist im Liegenschaftsrecht auch derjenige befugt, den das Grundbuch unrichtig als Hauptberechtigten ausweist (Buchhauptberechtigter).¹⁵⁾ Dieser ist demnach kraft guten Glaubens Aufrechnungsgegner.¹⁶⁾ Die Aufrechnungsgegnerschaft kraft guten Glaubens hat hier nach der Verwertungsrechtstheorie (s.o. § 14 B) den § 892 BGB und nach der Erwerbsrechtstheorie (s.o. § 15 C)

15) S.o. § 16 Anm. 10.

16) So OLG Hamburg HRR 1934, 851; Biermann zu §§ 892; 893 Anm. 6 b Abs.II a.E.; Eichler 2. Bd. S. 382 Abs.II; Goldmann-Lilienthal-Sternberg § 44 I 2 b Abs.I; Kretzschmar zu § 893 Anm. 2 a Abs.V; Planck-Strecker zu § 893 Anm. 1 a Abs.III; Ramdohr SS. 354 a.E. und 355 a.A.; RGRK-BGB-Pritsch zu § 893 Anm. 11; Staudinger-Seufert zu § 893 Anm. 4; Warneyer-Buchwald zu § 893 Text zu Anm. 6; Wolff-Raiser § 45 I 2 b Abs.III.

den § 893 BGB zur Rechtsgrundlage.¹⁷⁾ In den Genuß dieser Vorschriften dürfte ebenfalls der Hypothekenschuldner kommen.¹⁸⁾ Denn der öffentliche Glaube ist auf die Hypothekenforderung nur insoweit unanwendbar, als er zum Nachteil ihres Schuldners wäre (s.o. B II 1 b). Lehnt man das ab, so kann man immerhin über § 409 BGB (s.o. § 16 B) zu einem ähnlichen Ergebnis gelangen.¹⁹⁾ Die Aufrechnungsgegenschaft kraft guten Glaubens ist unabhängig von dem Gutglaubenserwerb des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs (s.o. A). Außerdem beeinflußt sie nicht die Aufrechnungswirkung (s.o. § 16 B a.E.).

17) Entsprechendes gilt für die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Erbscheins (§§ 2366; 2367 BGB), des Testamentsvollstreckezeugnisses (§ 2368 III BGB) und der Todeserklärung (§ 2370 I BGB). Vgl. Erman-Bartholomeyczik zu § 2367 Anm. 2; Palandt-Keidel zu § 2367 Anm. 1; Warneyer-Buchwald zu § 2367 Abs.II.

18) Dafür: Kretzschmar zu § 1164 Anm. 3; RGRK-BGB-Pritsch zu § 893 Anm. 4; Soergel-Siebert-Baur zu § 893 Anm. 4; dagegen: Biermann zu §§ 892; 893 Anm. 6 a Abs.I und zu § 1164 Anm. 2 c; Boehmer BürgA S. 217; Erman-Westermann zu § 1164 Anm. 2 Abs.III (vgl. aber zu § 893 Anm. 2 Abs.II); Goldmann-Lilienthal-Sternberg § 79 Text zu Anm. 45 (vgl. aber § 44 I 2 a); Palandt-Hoche zu § 893 Anm. 2, zu § 1138 Anm. 2 c und zu § 1164 Anm. 2 b; Planck-Strecker zu § 892 Anm. II 1 d Abs.III a.E., zu § 893 Anm. 1 a Abs.II und zu § 1164 Anm. 2 b Abs.II; RGRK-BGB-Schuster zu § 1138 Anm. 11 a.A. (vgl. ferner zu § 1164 Anm. 7 a.E.); Staudinger-Scherübl zu § 1164 Anm. 3d Abs.II a.A.; Warneyer-Buchwald zu § 893 Text zu Anm. 5 und zu § 1164 Text zu Anm. 2; Westermann § 106 V 3 Abs.IV.

19) So Boehmer BürgA S. 226; Staudinger-Scherübl zu § 1164 Anm. 3d Abs.II a.E.; Westermann § 106 V 3 Abs.VII; vgl. ferner Eichler 2. Bd. S. 482 Anm. 225 und Text dazu; Erman-Westermann zu § 1156 Anm. 3; Palandt-Hoche zu § 1156 Anm. 3 a.A.; Planck-Strecker zu § 1156 Anm. 1; RGRK-BGB-Schuster zu § 1156 Anm. 4 a.A.; Soergel-Siebert-Baur zu § 1156 Anm. 2 f; Staudinger-Scherübl zu § 1156 Anm. 2 o; Warneyer-Buchwald zu § 1156 Text zu Anm. 4; Wolff-Raiser § 137 Anm. 9.

D. Ergebnis

Die Inhalte von § 406 BGB sind im Sachenrecht teils anwendbar, teils unanwendbar. Unanwendbar ist einerseits der dem Abtretungsrecht eigentümliche Schuldnerschutz (s.o. § 16), andererseits das, was über die Fälligkeit der Gegenforderung bestimmt wird (s.u. § 21). Anwendbar ist dagegen, was sich dieser Vorschrift über Mitübergang (s.o. § 8 C) und Erstrang (s.o. § 12 B) sowie über Begründung und Reife (s.o. § 10 B II) des Aufrechnungsrechtes entnehmen läßt.²⁰⁾ Anwendbar ist vor allem auch folgende Gleichstellung: "In Ansehung des Gutgläubenserwerbs des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs steht die Begründung des Aufrechnungsrechtes einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über das Hauptrecht gegenüber dem Schuldner oder dem Ablösungsberechtigten gleich."

20) Aus Anlaß der Erläuterung von § 1156 BGB wird vielfach behauptet, der Eigentümer verliere grundsätzlich sein Aufrechnungsrecht bei Übertragung des Grundpfandrechtes, es sei denn, daß ausnahmsweise Arglist (§ 826 BGB) oder Unentgeltlichkeit (§ 816 I 2 BGB analog) vorliege, vgl. OLG Königsberg SeuffA 62 Nr. 137; Biermann zu § 1156 Anm. 1 a; Eichler 2. Bd. S. 481 a.E.; Erman-Westermann zu § 1156 Anm. 2 Abs.II; Palandt-Hoche zu § 1156 Anm. 1 a a.E.; Planck-Strecker zu § 1156 Anm. 3 a; RGRK-BGB-Schuster zu § 1156 Anm. 3 a.A.; Siber § 12 I 4 Abs. II; Soergel-Siebert-Baur zu § 1156 Anm. 2 c; Staudinger-Scherübl zu § 1156 Anm. 6. Verkannt wird, daß sich § 1156 BGB überhaupt nicht zur Aufrechnung durch den Eigentümer äußert (s.o. A II 1 a). Ein geeigneter Anknüpfungspunkt für diesbezügliche Erläuterungen wäre § 1157 BGB (s.u. § 18 B II a.E.), vgl. Staudinger-Scherübl zu § 1157 Anm. 8 a.E. (s.o. Anm. 12). Schuld an obigem Mißverständnis dürfte der Umstand sein, daß Satz 2 des § 1156 BGB von der Kündigung durch den Eigentümer handelt. Der "äußerst lose Zusammenhang" der beiden Sätze von § 1156 BGB wurde schon von Ramdohr SS. 374 a.E. und 375 a.A. beanstandet.

§ 18 Wertpapierrecht

Übersicht

A. Die Rektapapiere	126
B. Die Wertpapiere öffentlichen Glaubens	127
I. Erwerb des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs kraft guten Glaubens	127
1. Allgemeines	127
2. Der Rechtsbegriff der Kenntnis	129
II. Verlust des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs kraft guten Glaubens	130
III. Aufrechnungsgegnerschaft kraft guten Glaubens	132
C. Ergebnis	133

A. Die Rektapapiere

Die Wirkung des Rektapapiers ist negativ. Seine Innehabung begründet keinen Rechtsschein, aber ihr Fehlen begründet den Schein der Nichtberechtigung (Nichtrechtsschein) gegenüber dem Schuldner oder dem Ablösungsberechtigten des verbrieften Rechtes: Der Nichtberechtigte erscheint mit Rektapapier zwar nicht als berechtigt, aber der Berechtigte erscheint ohne Rektapapier als nichtberechtigt. Dem Schuldner oder Ablösungsberechtigten steht daher eine dilatorische Einrede oder ein Zurückweisungsrecht zu, wenn der Träger des verbrieften Rechtes bei dessen Ausübung das Rektapapier nicht vorlegt (Vorlegungspapier, vgl. insbesondere § 1160 BGB). Außerdem können die genannten Personen gegen Bewirkung der Leistung die Aushändigung des Rektapapiers verlangen (Einlösungspapier, vgl. insbesondere § 1144 BGB).¹⁾ Mit vorstehender Maßgabe leben die in Rektapapieren verbrieften Rechte nach den allgemeinen Vorschriften außerhalb des Wertpapierrechts.

1) Vgl. zum Begriff des Rektapapiers Baumbach-Hefermehl WPR vor Art. 1 WG Anm. 16; Enneccerus-Lehmann § 207 I 2 a.E.; Erman-Hense vor § 793 Anm. 2 a; Esser § 154, 2 a; J. v. Gierke WP § 1 I 1 b und III 1 c; Heck Schr § 134, 3 a; Hueck § 1 II 4 und § 2 V 1; Jacobi WP § 37; Locher § 3, 2 c; Oertmann vor § 793 Anm. 2 c; Palandt-Gramm vor § 793 Anm. 1 a; Raiser ZHR IV; Rehfeldt § 1 III 1; RGRK-BGL-Kuhn vor § 793 Anm. 3; Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl vor § 793 Anm. 2; Staudinger-Kober vor § 793 Anm. II 1; Ulmer § 9: Die Überschrift von § 9 lautet: "Die wertpapierähnlichen Urkunden (Rektapapiere)"; Warneyer-Buchwald vor § 793 Anm. I 1.

Zur Rechtsübertragung fordert das Gesetz bisweilen die Übergabe des Papiers (vgl. §§ 792 I 3; 1154 I 1 BGB), ohne daß dadurch das Rektapapier zu einem Wertpapier öffentlichen Glaubens würde. Vielmehr bleibt es, sieht man von den qualifizierten Legitimationspapieren (vgl. § 808 BGB) einmal ab, grundsätzlich bei dem Gutglaubensschutz des bürgerlichen Rechts. Das gilt auch für den Hypothekenbrief und den Grundschuldbrief (vgl. insbesondere § 1155 BGB). Jedoch ist zu beachten, daß der Nichtrechtsschein einen an sich vorhandenen Rechtsschein zerstört. Dieser besteht also nur in Verbindung mit der Innehabung des Rektapapiers fort.²⁾ Insofern kann auf das zu oben §§ 16 und 17 Dargelegte verwiesen werden.

B. Die Wertpapiere öffentlichen Glaubens

I. Erwerb des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs kraft guten Glaubens

1. Allgemeines

Wie schon zu oben § 17 A I ausgeführt wurde, ist die in § 406 BGB enthaltene Gleichstellung einer ausdehnenden Anwendung auf alle vergleichbaren Gutglaubenstatbestände fähig: In Ansehung des Gutglaubenserwerbs des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs steht die Begründung des Aufrechnungsrechtes einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über das Hauptrecht gegenüber dem Schuldner oder dem Ablösungsberechtigten gleich (s.o. § 17 D). Der bürgerlichrechtliche Gutglaubensschutz dieser Personen (s.o. §§ 16 A und 17 A) wird im Recht der Wertpapiere öffentlichen Glaubens durch Sondervorschriften ersetzt (vgl. insbesondere §§ 793 I 2; 797, 2 BGB; Art. 40 III WG). Allerdings gibt ihre Fassung den Inhalt der Gutglaubenstatbestände nicht klar zu erkennen. Grundlage des Rechtsscheins ist bei den Orderpapieren die Innehabung der Urkunde in Verbindung mit der "Ordnungsmäßigkeit der Reihe der Indossamente" (vgl. Artt. 40 III 2;

2) Vgl. RGZ 78, 149 (153); J. v. Gierke WP § 1 II 3 a und § 5 VI 1 b Abs. III; Hueck § 1 II 2 b Abs. III; Jacobi WP § 25 Text zu Anm. 14; Locher § 2, 1 b Abs. VI und VII; Raiser ZHR III 1; Ulmer § 9 III 2.

16 I WG) und bei den Inhaberpapieren die schlichte Innehabung. Umgekehrt begründet ihr Fehlen wie bei den Rektapapieren einen Nichtrechtsschein (s.o. A). Das Abhandenkommen der Urkunde steht in der Regel einem Gutglaubensschutz nicht entgegen (vgl. §§ 935 II BGB; 367 HGB; Art. 16 II WG). Da sich die Wertpapiere öffentlichen Glaubens nach Fahrnisrecht richten (das Recht aus dem Papier folgt dem Recht an dem Papier),³⁾ ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß dem Inhaber das Eigentum (vgl. § 932 II BGB) oder die Verfügungsbefugnis (vgl. § 366 HGB) nicht zusteht.⁴⁾ Daß für den Schuldner oder Ablösungsberechtigten jeweils der gleiche Gutglaubensmaßstab wie für den Dritterwerber gelten muß, läßt

3) Vgl. zum Begriff der Wertpapiere öffentlichen Glaubens Baumbach-Hefermehl WPR vor Art. 1 WG Anm. 4; Enneccerus-Lehmann § 207 I 2 a.A.; Erman-Hense vor § 793 Anm. 2 b und c; Esser § 154, 2 b und c; J. v. Gierke WP § 1 I 1 b und III 4; Heck Schr § 134, 3 b; Hueck § 1 I 4 Abs. III und § 2 III; Jacobi WP §§ 38 und 39; Locher § 1 vorletzter Absatz; Oertmann vor § 793 Anm. 2 a und b; Palandt-Gramm vor § 793 Anm. 1 b und c; Raiser ZHR IV; Rehfeldt § 1 III 2; RGRK-BGB-Kuhn vor § 793 Anm. 4 und 5; Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl vor § 793 Anm. 2; Staudinger-Kober vor § 793 Anm. II 2 und 3; Ulmer § 2 (Ulmer bezeichnet nur die Wertpapiere öffentlichen Glaubens, d.h. die Inhaber- und Orderpapiere, als "Wertpapiere"); Warneyer-Buchwald vor § 793 Anm. I 2 und 3.

4) Die befreiende Wirkung einer in gutem Glauben erfolgten Leistung an den nichtverfügungsbefugten Gemeinschuldner beruht nicht auf Wertpapierrecht, sondern auf § 8 II, III KO (s.o. § 16 Anm. 7 a.E.), vgl. in Bezug auf § 793 BGB: Böhle-Stamschräder zu § 8 Anm. 2 a.E.; Jaeger-Lent zu § 8 Anm. 21; Mentzel-Kuhn zu § 8 Anm. 9. Vgl. ferner Baumbach-Hefermehl zu Art. 40 WG Anm. 7; Enneccerus-Lehmann § 210 III 2 Abs. III a.E.; Erman-Hense zu § 793 Anm. 6 Abs. II; Esser § 154, 3 d; Hueck § 11 III 3; Palandt-Gramm zu § 793 Anm. 4 a.A.; Planck-Landois zu § 793 Anm. 4 f; RGRK-BGB-Kuhn zu § 793 Anm. 16; Ulmer § 24 III 1 Abs. I; Warneyer-Buchwald zu § 793 Anm. V Abs. I.

sich aus §§ 851; 893 BGB folgern.⁵⁾

2. Der Rechtsbegriff der Kenntnis

Macht ein durch den Rechtsschein legitimierter Nichtberechtigter das Recht aus einem Wertpapier öffentlichen Glaubens im Klagewege geltend, so spricht die Vermutung für ihn (vgl. § 1006 I BGB; Art. 16 I WG). Das heißt, daß der Beklagte verurteilt wird, wenn er den Beweis für den Mangel der Berechtigung des Klägers nicht zu erbringen vermag. Deshalb ist der Rechtsbegriff der Kenntnis in Bezug auf den Schuldner oder Ablösungsberechtigten (vgl. § 1195 BGB) so auszulegen, daß nicht die richtige, aber unbeweisbare Vermutung ausreicht, sondern die Möglichkeit des Beweises erforderlich ist. Entsprechendes trifft auf die grobfahrlässige Unkenntnis zu. Dies ergibt sich für das Wechselrecht daraus, daß Art. 40 III 1 WG "Arglist" anstatt von "bösem

5) Vgl. BGHZ 28, 368 (375) = BGH JZ 1959, 537 mit ablehnender Anmerkung von Werner Flume (Es handelt sich hier zwar nicht um ein echtes Inhaberpapier, sondern nur um ein "hinkendes", nämlich ein Sparbuch, aber die Berücksichtigung grober Fahrlässigkeit ist für beide von gleicher Bedeutung). Vereinzelt wird angenommen, daß schon grobfahrlässige Unkenntnis schade: So J. v. Gierke WP § 3 V 3 b (analoge Anwendung von Art. 40 III WG auf Inhaberpapiere); Heck Schr § 135, 7 b; Locher § 9, 2 b Abs. IV bis VI (ebenfalls Analogie zu Art. 40 III WG). Meist wird jedoch behauptet, daß der Schuldner erst bei (liquider) Kenntnis durch seine Leistung nicht befreit werde, weil in diesem Fall Arglist vorliege: So Enneccerus-Lehmann § 210 III 2 Abs. II; Erman-Hense zu § 793 Anm. 6 Abs. I und zu § 797 Anm. 2 Abs. I; Esser § 154, 3 b a.E. und § 156, 1 Abs. III (bei illiquider Kenntnis werde der Schuldner befreit); Hueck § 24 III 2 und VI Abs. II; Jacobi WP § 22 II 1 Abs. I; Oertmann zu § 793 Anm. 4 Abs. II (vgl. aber zu § 797 Anm. 2 Abs. II, wo §§ 932; 935 BGB für entsprechend anwendbar gehalten werden); Palandt-Gramm zu § 793 Anm. 4 a.E. (vgl. aber zu § 797 Anm. 2 a.E., wo Eigentumserwerb verneint wird, wenn der Aussteller die Nichtberechtigung des Inhabers "kannte oder kennen mußte"); Planck-Landois zu § 793 Anm. 3 c a.E. (bei illiquider Kenntnis werde der Schuldner befreit, bzw. nicht schadensersatzpflichtig, weil dann keine Arglist vorliege); Rehfeldt § 9, 4 b Abs. II; RGRK-BGB-Kuhn zu § 793 Anm. 15 und zu § 797 Anm. 2 (auf die Liquidität wird hier nicht eingegangen); Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl zu § 793 Anm. 11 a.A.; Staudinger-Kober zu § 793 Anm. 17 Abs. I (vgl. aber zu § 797 Anm. 2 b, wo unter Berufung auf den Rechtsgedanken der §§ 932; 935 BGB der Eigentumsübergang abgelehnt wird, wenn der Aussteller "das Nichtigum des derzeitigen Inhabers kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte."); Ulmer § 11 IV 2 Abs. I. — A.M. BGB-

Glauben" (Art. 16 II WG) verlangt.⁶⁾ Bei den übrigen Wertpapieren öffentlichen Glaubens hilft die in dem obigen Sinne verstandene Einrede der Arglist.⁷⁾ Anders ist allein die Rechtslage der hinkenden Inhaberpapiere (vgl. § 808 BGB), auch qualifizierte Legitimationspapiere genannt, die den Rektapapieren (s.o. A) zugehören. Denn hier trägt der Kläger die Beweislast für sein Recht.⁸⁾ Unter den angeführten Voraussetzungen kann folglich das Aufrechnungsrecht oder sein Vorrang (s.o. § 16 A) kraft guten Glaubens an denjenigen Rechten erworben werden, die in Wertpapieren öffentlichen Glaubens oder in hinkenden Inhaberpapieren verbrieft sind.

II. Verlust des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs kraft guten Glaubens

Ein Verlust des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs kraft guten Glaubens ist möglich, wenn das Hauptrecht oder ein Recht an diesem kraft guten Glaubens erworben werden kann (s.o. § 17 B I a.A.). Ist das Hauptrecht in einem Wertpapier öffentlichen Glau-

Protokolle 2. Bd. S. 536: "Der Schuldner handele nicht dolos, wenn er wissentlich an den nichtberechtigten Inhaber leiste; ..." und 6. Bd. SS. 209 bis 211 III; Warneyer-Buchwald zu § 793 Text zu Anm. 23 und zu § 797 Abs. II: Auch bei Kenntnis werde der Schuldner befreit und erwerbe Eigentum an der Urkunde.

6) Vgl. Baumbach-Hefermehl zu Art. 40 WG Anm. 5 und 6; Hueck § 11 III 5; Locher § 20 IV 3 Abs. VI; Rehfeldt § 21 IV 2 a Abs. I a.E. und § 23 III 2 Abs. V; Ulmer § 24 III 4.

7) Vgl. BGB-Protokolle 2. Bd. S. 536 (Die Meinung zu oben Anm. 5 wird mit den dem Aussteller unzumutbaren Beweisschwierigkeiten begründet); Enneccerus-Lehmann § 210 III 2 Abs. III a.A.; Erman-Hense zu § 793 Anm. 6 Abs. I; Esser § 154, 3 b a.E.; Hueck § 24 III 2 und VI Abs. II; Jacobi WP § 22 II 1 Abs. I; Locher § 9, 2 b Abs. IV bis VI; Oertmann zu § 793 Anm. 4 Abs. II; Palandt-Gramm zu § 793 Anm. 4 a.E.; Planck-Landois zu § 793 Anm. 3 c a.E.; Rehfeldt § 9, 4 b Abs. II; Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl zu § 793 Anm. 11 a. A.; Staudinger-Kober zu § 793 Anm. 17 Abs. I a.E.; Ulmer § 11 IV 2 Abs. II a.E..

8) Vgl. RGZ 86, 86 (87); 89, 401 (403); BGHZ 28, 368 (371) = BGE JZ 1959, 537 mit ablehnender Anmerkung von Werner Flume; Baumbach-Hefermehl WPR vor Art. 1 WG Anm. 23; Enneccerus-Lehmann § 215, 2 Abs. II; Erman-Hense zu § 808 Anm. 2; Esser § 159, 3 Abs. V; Hueck § 20 II 1; Jacobi WP § 25 Text zu Anm. 38; Locher § 12, 3 a Abs. II; Palandt-Gramm zu § 808 Anm. 2; Planck-Landois zu § 808 Anm. 3 b Abs. I a.E.; Rehfeldt § 12, 2 Abs. II; Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl zu § 808 Anm. 2 und 9; Staudinger-Kober zu § 808 Anm. 3 b; Ulmer § 9 II Abs. VI und VII.

bens verbrieft, so greift nach dem Grundsatz "das Recht aus dem Papier folgt dem Recht an dem Papier"⁹⁾ der fahnisrechtliche Gutgläubensschutz ein (vgl. insbesondere §§ 932 ff. BGB; Art. 16 II WG). Somit besteht im Recht der Wertpapiere öffentlichen Glaubens die Möglichkeit eines Verlustes des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs (vgl. §§ 936; 1032 a.E.; 1208 BGB). Zum Schutze des Aufrechnungsberechtigten wäre daher ein dem Grundbuchrecht nachgebildeter Berichtigungs- oder Widerspruchsvermerk auf der Urkunde angebracht (s.o. § 17 B I a.E.). Daß der Aufrechnungsberechtigte hierauf einen Anspruch hat, läßt sich aber dem Gesetz nicht ohne weiteres entnehmen (vgl. insbesondere § 1140 BGB; Art. 39 III WG). Zu einem teilweise anderen Ergebnis gelangt man, wenn man das Aufrechnungsrecht mit den Einreden gegen das Hauptrecht vergleicht.¹⁰⁾ Denn in diesem Falle finden namentlich § 796 BGB und Artt. 17; 19 II WG Anwendung. Immerhin kann so der Urkundenvermerk durch Analogie zu den absoluten Einwendungen, die "sich aus der Urkunde ergeben", gerechtfertigt werden. Der vorliegende Unterschied stellt nicht ein aufrechnungsrechtliches, vielmehr ein wertpapierrechtliches Problem dar.¹¹⁾ Es ist de lege ferenda dadurch zu lösen, daß der Gutgläubensschutz des Dritterwerbers einheitlich fahnisrechtlichen Regeln unterworfen wird, gleichgültig, ob der Erwerb den Eigentümer oder den Träger eines beschränkten dinglichen Rechtes, den Schuldner oder den Ablösungsberechtigten benachteiligt. Eine solche Einheitlichkeit in der Behandlung von Einreden und be-

9) S.o. Anm. 3.

10) So Ulmer § 11 III 2 Abs.II und V und § 26 III 1 b. Ihm folgt Staudinger-Kober zu § 796 Anm. 3 b a.E..

11) Ulmer § 26 III 1 a Abs.III a.E. verniedlicht das Problem unter Hinweis auf die "Möglichkeiten, die in der richterlichen Beweiswürdigung liegen." Vgl. ferner Baumbach-Hefermehl zu Art. 17 WG Anm. 3 und 44; Enneccerus-Lehmann § 210 IV 3; Hueck § 8 VI 3 Abs.IV bis VI und § 19 III 3 a Abs.V; Planck-Landois zu § 796 Anm. 5 Abs.II, IV und V; BGRK-BGB-Kuhn zu § 796 Anm. 5 und 6. - Ausdrücklich gegen die herrschende Meinung stellt sich Erman-Hense zu § 796 Anm. 3 Abs.I a.A. und II a.E.: Kein Gutgläubensverlust von Einwendungen bei Kenntnis oder "grob-fahrlässiger Unkenntnis" des Erwerbers. Ähnlich Staudinger-Kober zu § 796 Anm. 3 b. Das ist ein schöner Ansatz zur Vereinheitlichung!

schränkten dinglichen Rechten zeigt bereits das Grundschildrecht (vgl. §§ 892; 1192; 1157 BGB).

III. Aufrechnungsgegnerschaft kraft guten Glaubens

Es wurde zu oben §§ 14 B und 15 A nachgewiesen, daß die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem zur Verfügung über das Hauptrecht Befugten erfolgt, daß, wenn mehrere Rechte an dem Hauptrecht bestehen, die Erklärung gegenüber dem zur Verfügung über eines der Rechte Befugten genügt. Zur Verfügung über das Hauptrecht ist im Recht der Wertpapiere öffentlichen Glaubens auch der durch den Rechtsschein legitimierte Nichtberechtigte befugt.¹²⁾ Dieser ist demnach kraft guten Glaubens Aufrechnungsgegner. Die Aufrechnungsgegnerschaft kraft guten Glaubens hat hier nach der Verwertungsrechtstheorie (s.o. § 14 B) insbesondere die §§ 932 ff. BGB sowie Art. 16 II WG (s.o. II) und nach der Erwerbsrechtstheorie (s.o. § 15 C) insbesondere die §§ 793 I 2; 797, 2 BGB sowie Art. 40 III WG (s.o. I) zur Rechtsgrundlage. Die zu oben I 2 entwickelte Auslegung des Rechtsbegriffs der Kenntnis erübrigt sich an dieser Stelle, weil die Aufrechnungserklärung ohne Schaden mehrmals abgegeben und nachgeholt werden kann. Daß einheitlich schon eine grobfahrlässige Unkenntnis bösgläubig macht, gibt indessen der Wortlaut von §§ 793 I 2; 797, 2 BGB; Art. 40 III WG nicht klar zu erkennen. Ferner wird gerade für die vorstehenden Bestimmungen oft die Frage bejaht, ob der gute Glaube über das Hindernis der Geschäftsunfähigkeit oder der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Verfügenden hinweghelfe.¹³⁾ Die sich aus diesen Unterschieden für die Beurteilung der Aufrechnungsgegnerschaft kraft guten Glaubens ergebenden Schwierigkeiten sind nicht aufrechnungsrechtlicher, sondern wertpapierrecht-

12) S.o. § 16 Anm. 10.

13) Bejahend: Baumbach-Hefermehl zu Art. 40 WG Anm. 7; Ennecerus-Lehmann § 210 III 2 Abs.III a.E.; Erman-Hense zu § 793 Anm. 6 Abs.II; Esser § 154, 3 d; J. v. Gierke WP § 3 V 2 b Abs.II; Hueck § 11 III 3 und § 24 III 2 Abs.I a.E.; Locher § 9, 2 b Abs. VII; Palandt-Gramm zu § 793 Anm. 4 a.A.; Planck-Landois zu § 793 Anm. 4 f; RGK-BGE-Kuhn zu § 793 Anm. 16; Soergel-Siebert-Erdsiek-Mühl zu § 793 Anm. 11; Staudinger-Rober zu § 793 Anm. 18 e; Ulmer § 11 IV 2 Abs.III und § 24 III 1 Abs.I; Warneyer-Buchwald zu § 793 Anm. V Abs.I. — Zu Recht verneinend: Heck SchR § 135, 7 a; Oertmann zu § 793 Anm. 5.

licher Art. Sie lassen sich nur durch eine Vereinheitlichung des Rechts der Wertpapiere öffentlichen Glaubens beseitigen. Allerdings dürfte die praktische Bedeutung des Problems wegen der Nachholbarkeit der Aufrechnungserklärung nicht sehr groß sein. Die Aufrechnungsgegnerschaft kraft guten Glaubens ist unabhängig von dem Gutglaubenserwerb des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs (s.o. I). Außerdem beeinflußt sie nicht die Aufrechnungswirkung (s.o. § 16 B a.E.).

C. Ergebnis

Das Ergebnis ist ähnlich wie im Sachenrecht (s.o. § 17 D). Es gilt vor allem folgende Gleichstellung: "In Ansehung des Gutglaubenserwerbs des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs steht die Begründung des Aufrechnungsrechtes einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über das Hauptrecht gegenüber dem Schuldner oder dem Ablösungsberechtigten gleich."¹⁴⁾

14) Unter Hinweis auf das Hypothekenrecht (s.o. § 17 Anm. 20) behauptet Jacobi WP § 28 Text zu Anm. 139 und § 36 VI 1 sowie WR § 11 VIII 3, bei Übertragung eines jeden Wertpapiers erlösche das an diesem bestehende Aufrechnungsrecht auch dann, wenn der Erwerber die Belastung mit dem Aufrechnungsrecht kenne: § 406 BGB sei eine "anormale Billigkeitsvorschrift", die für Wertpapiere nicht passe, weil hier die Billigkeit aus Verkehrsinteresse eine andere Entscheidung fordere. Die Meinung von Jacobi dürfte als durch die obigen Ausführungen widerlegt anzusehen sein. Daß § 406 BGB ebenso wenig wie § 392 BGB (s.u. § 19 A II 1 a.E.) eine "anormale Billigkeitsvorschrift" ist, ergibt sich aus oben § 8 C. Dem wertpapierrechtlichen Verkehrsinteresse wird durch die Möglichkeit eines Verlustes des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs kraft guten Glaubens (s.o. B II) genügend Rechnung getragen.

§ 19 Zwangsvollstreckungsrecht

Ü b e r s i c h t

A.	Allgemeines	134
I.	Das Zwangsverwertungsrecht	134
II.	Arrestatorium und Inhibitorium	135
1.	Der Vorrang des Aufrechnungsrechtes	137
2.	Der Nachrang des Aufrechnungsrechtes	139
B.	Die relative Unwirksamkeit des Hauptrechtes	140
I.	Fortbestehen des Aufrechnungsrechtes	140
II.	Widerlegung der Gegenmeinung	142
C.	Ergebnis	144

A. Allgemeines

I. Das Zwangsverwertungsrecht

"Beschlagnahme" im vollstreckungsrechtlichen Sinne ist derjenige Tatbestand, der als Merkmal vornehmlich einen Hoheitsakt, den "Beschlagnahmeakt", enthält und die Begründung eines dinglichen Verwertungsrechtes, des "Zwangsverwertungsrechtes", zur Rechtsfolge hat (vgl. insbesondere §§ 803 I 1; 804 I; 866 I ZPO; 10 I 5; 11 II ZVG).¹⁾ Im Recht der Zwangsvollstreckung in das

1) Vgl. RGZ 81, 146 (148): Das Wort "Beschlagnahme" bedeute nach allgemeinem Sprachgebrauche "überhaupt die Ergreifung und Festlegung einer Sache oder eines Rechtes zu einem bestimmten Zwecke, insbesondere zum Zwecke der Zwangsvollstreckung, ..."; 100, 219 (221): "Beschlagnahme bedeutet nach allen in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen nichts anderes, als ein durch behördlichen Zwang erfolgendes Ingewahrsamnehmen von Gegenständen behufs Sicherstellung, ..."; 118, 276 (277): Der Gerichtsvollzieher müsse sich, "um wirksam zu pfänden, eine die Verfügungsmacht des Schuldners ausschließende tatsächliche Gewalt über die Sachen verschaffen."; RGSt 53, 30 (31): "Das Wesen der Beschlagnahme besteht hiernach in einer öffentlichrechtlichen Verfügungsbeschränkung ..."; OLG Hamburg 18, 165 (166): Mit dem Ausdruck "Beschlagnahme" habe "das Gesetz nur den weitesten Ausdruck für die verschiedenen Arten der behördlichen, besonders gerichtlichen Veräußerungsverbote gewählt." - Ähnlich das Schrifttum, vgl. Baumbach-Lauterbach Übersicht vor § 803 Anm. 3 A a; de Boor-Erkell § 6 III 2 Abs.II; Bruns ZVR § 19 III 1 Abs.I a.A.; Gaupp-Stein-Jonas-Schönke-Pohle zu § 803 Anm. II 1 a.A.; Mothes §§ 8 und 18 b; Rosenberg § 190 II 1 Abs.I; Schönke-Baur § 22 II 1 und III Abs.I a.E.; Schwinge S. VII a.E.; Westermann § 133 II Abs.I und II; Wieczorek zu § 803 Anm. E I.

bewegliche Vermögen heißt die Beschlagnahme "Pfändung" und das Zwangsverwertungsrecht "Pfändungspfandrecht" (vgl. §§ 803 I 1; 804 I ZPO).²⁾ Dient die Pfändung oder die Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung der Ausübung einer Hypothek (vgl. § 1147 BGB), so erhebt sich die Frage, ob es hier noch berechtigt ist, von "Beschlagnahme" zu reden. Denn ihre Rechtsfolge besteht keineswegs mehr in der Begründung eines neuen Verwertungsrechtes, sondern lediglich in der Inhaltsbestimmung eines bereits vorhandenen (vgl. insbesondere §§ 1120 ff. BGB).³⁾ Gleichwohl bedeutet diese hinsichtlich derjenigen Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, wegen der vorher gegebenen Enthaltungsmöglichkeit praktisch eine Neubegründung, so daß die Bezeichnung "Beschlagnahme" doch zutrifft. Belastet ein Zwangsverwertungsrecht das Hauptrecht, so gilt grundsätzlich das gleiche wie für andere Belastungen des Hauptrechtes, zum Beispiel, was den Erstrang des Aufrechnungsrechtes (s.o. § 12), die Wirkung seiner Ausübung (s.o. § 15 A I) und die Aufrechnungsgegenschaft (s.o. §§ 14 B; 15 C) angeht. Ob und welche Ausnahmen davon Arrestatorium und Inhibitorium verursachen, wird in dem Nachfolgenden zu II geprüft.

II. Arrestatorium und Inhibitorium

"Arrestatorium" und "Inhibitorium" werden die in dem Beschlagnahmebeschluß enthaltenen Verbote genannt, und zwar versteht man unter ersterem das Zahlungsverbot an den Drittschuldner (vgl. insbesondere §§ 829 I 1 ZPO; 22 II 1 ZVG), unter letzterem das Verfügungsverbot an den Vollstreckungsschuldner

2) S.o. § 4 Anm. 1 und Text dazu. — Vgl. RGZ 76, 116 (118); 81, 146 (148); OLG Frankfurt 18, 169 (170); Hamburg 18, 165 (166); Baumbach-Lauterbach Übersicht vor § 803 Anm. 2 und 3 A a; de Boor-Erkel § 6 III 2 Abs. I; Bruns ZVR § 19 III 1 Abs. I a.A.; Gaupp-Stein-Jonas-Schönke-Pohle zu § 803 Anm. II 1 a.A.; Mothes §§ 9 a, 10 a und 12 b Abs. II; Rosenberg § 190 II 1 Abs. I; Schönke-Baur § 22 II 1 und III Abs. I a.E.; Schwinge S. 9 Abs. I a.E.; Wiczorek zu § 803 Anm. E I.

3) So Bruns ZVR § 27 III 3 b.

(vgl. insbesondere §§ 829 I 2 ZPO; 23 I 1 ZVG).⁴⁾ Die Verbote sollen offenbar jede Beeinträchtigung des Zwangsverwertungsrechtes verhindern.⁵⁾ Sie bezwecken also nur den Schutz seines Trägers, des verwertungsberechtigten Vollstreckungsgläubigers, nur ihm gegenüber sind daher verbotswidrige Verfügungen oder Zahlungen unwirksam (vgl. §§ 136; 135 BGB).⁶⁾ Zwar ist es denk-

4) Vgl. Bruns ZVR § 22 I 1 Abs.I und III; Gaupp-Stein-Jonas-Schönke-Pohle zu § 829 Anm. II 4 Abs.III; Rosenberg § 193 II 2 Abs.I a.E.; Schönke-Baur § 25 IV 2 c; Wieczorek zu § 829 Anm. E III und IV.

5) Ihre Notwendigkeit ist indessen zweifelhaft: Ein Vergleich des Beschlagnahmetatbestandes mit den Begründungstatbeständen vertragsmäßiger Verwertungsrechte zeigt, daß bei diesen sowohl das Arrestatorium als auch das Inhibitorium fehlt, ohne daß dem Verwertungsberechtigten daraus Nachteile erwachsen. Denn er ist durch den Rechtsgrundsatz "prior tempore, potior iure" und §§ 1276; 1281 BGB hinreichend geschützt. Da dieser Schutz auch im Zwangsvollstreckungsrecht zur Anwendung kommt (vgl. insbesondere § 804 II, III ZPO), liegt es nahe, Arrestatorium und Inhibitorium lediglich als eine in Verbotsform gefaßte Belehrung über die Hauptfolgen der Begründung des Verwertungsrechtes anzusehen. Nach vorstehender Ansicht, deren Richtigkeit im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht weiter erörtert werden kann, entfallen von vorneherein die Probleme, die sich möglicherweise aus einer relativen Unwirksamkeit für die Aufrechnung ergeben. Vgl. KG OLG 10, 170 (171); OLG Kiel 20, 379; Hirsch S. 290; ferner Rosenberg § 193 II 5 b Abs.I a.A..

6) So RG Gruchot 56, 1066 (1069); JW 1928, 2858⁴⁴ (2859); OLG Hamm 24, 253 (254); BGB-Motive 2. Bd. S. 112 § 286 a.E. (vgl. auch die Worte "zum Nachtheil" in § 286 E I BGB, s.u. § 21 Anm. 16); Baumbach-Lauterbach zu § 829 Anm. 4 C a.A.; de Boor-Erkel § 6 III 3 und § 8 III 5 Abs.I; Bruns ZVR § 22 I 1 Abs.III; Erman-Westermann zu § 392 Anm. 1 a.E.; Gaupp-Stein-Jonas-Schönke-Pohle zu § 829 Anm. VI 1; Lang § 5 III c 8 Abs.IV; Palandt-Danckelmann zu § 392 Anm. 1; Planck-Siber zu § 392 Anm. 1 Abs. I a.A. und Anm. 3 Abs.I a.A.; RGRK-BGB-Löscher zu § 392 Anm. 1 a.A. und 4 a.A.; Rosenberg § 193 II 5 b Abs.I a.A.; Schachian S. 33 Abs.II; Schönke-Baur § 25 VI 1 b Abs.I; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 392 Anm. 1 a.E.; Staudinger-Werner zu § 392 Anm. II 1 und 3 Abs.I; Stein § 5 Abs.II; Wieczorek zu § 829 Anm. G III b 4.

bar, daß der Beschlagnahmeakt ordnungsgemäß ergeht, ohne daß der gesamte Beschlagnahmestatbestand erfüllt wird (s.o. I), d.h. daß eine "Verstrickung" eintritt, ohne daß ein Zwangsverwertungsrecht begründet wird.⁷⁾ Aber in diesem Falle kann sich die relative Unwirksamkeit nicht auswirken, weil es an der zu schützenden Person fehlt: Der Vollstreckungsgläubiger als solcher genießt keinen Schutz.⁸⁾ Entfallen somit Arrestatorium und Inhibitorium ihre Wirksamkeit erst in Verbindung mit dem Zwangsverwertungsrecht, so muß es erlaubt sein, die Untersuchung danach zu gliedern, ob diesem oder dem Aufrechnungsrecht der Vorrang zusteht (s.u. 1 und 2).

1. Der Vorrang des Aufrechnungsrechtes

Steht dem Aufrechnungsrecht der Vorrang vor dem Zwangsverwertungsrecht zu, so kann sich jenes gegen dieses durchsetzen (s.o. § 12 A III). Der Erwerb des Erstrangs des Aufrechnungsrechtes (s.o. § 12) und der Eintritt seiner Reife (s.o. § 13) sind Ereignisse, die weder von dem Arrestatorium noch von dem Inhibitorium berührt werden. Übrig bleibt die Aufrechnungserklärung. Es wurde zu oben §§ 14 B und 15 C nachgewiesen, daß die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem zur Verfügung über das Hauptrecht Befugten erfolgt, daß, wenn mehrere Rechte an dem

7) So OLG Oldenburg MDR 1955, 300²⁹⁹; de Boor-Erkel § 6 IV 4 Abs.III; Bruns ZVR § 19 III 2 b Abs.I und c Abs.I; Eichler 2. Bd. SS. 546 bis 548 III 1; Mothes § 9 a Abs.I; Palandt-Hoche Überblick vor § 1204 Anm. 4 d Abs.II; Planck-Flad zu § 1257 Anm. 4 a; Rosenberg § 190 II 2 b Abs.III und V; Schönke-Baur § 22 III 2; Schwinge SS. VIII a.A. und 10 a.A.; Westermann § 133 II Abs.III bis V; Wieczorek zu § 803 Anm. E II b 1 bis 4; Wolff-Raiser § 163 IV. - A.M. OLG Frankfurt NJW 1953, 1835¹⁵; Baumbach-Lauterbach Übersicht vor § 803 Anm. 3 A b und B; Erman-Ronke Einleitung vor § 1204 Anm. 7 Abs.II; Gaupp-Stein-Jonas-Schönke-Pohle zu § 803 Anm. II 1 a.E. und 2; Lüke III; Soergel-Siebert-Augustin Einleitung vor § 1204 Anm. 7 c Abs.I; Staudin-ger-Spreng zu § 1204 Anm. 19a Abs.III.

8) Vgl. insbesondere Bruns ZVR § 19 III 1 Abs.I; ferner OLG München NJW 1954, 1124¹⁴ mit ablehnender Anmerkung von Merz zu NJW 1955, 347¹²; de Boor-Erkel § 6 III 5 a.E.; Planck-Flad zu § 1257 Anm. 4 c Abs.I; Rosenberg § 190 II 2 a Abs.II und IV; Schönke-Baur § 5 IV 2, § 22 II 2 Abs.III a.E. und § 25 VII 1 a Abs.II a.E.; Wieczorek zu § 803 Anm. E I c 2 Abs.II und zu § 829 Anm. G II d.

Hauptrecht bestehen, die Erklärung gegenüber dem zur Verfügung über eines der Rechte Befugten genügt. Demnach ist zumindest der verwertungsberechtigte Vollstreckungsgläubiger Aufrechnungsgegner. Aufgrund der obigen Verbote scheint zunächst die Aufrechnungsgegnerschaft des mit dem Vollstreckungsschuldner identischen Hauptberechtigten fraglich. Für sie spricht jedoch, daß ihr Ausschluß wegen der alternativen Aufrechnungsgegnerschaft des Vollstreckungsgläubigers wirkungslos wäre und daß die Verbote, die ja nur dem Zwangsverwertungsrecht dienen sollen, dann zurücktreten müssen, wenn sich dieses infolge seines Nachrangs ohnehin nicht durchzusetzen vermag (s.o. § 4 C II 1). Als ausgesprochen vollstreckungsrechtliche Aufrechnungsgegner sind der Gerichtsvollzieher (vgl. § 847 I ZPO) und der Zwangsverwalter (vgl. § 152 I 2 ZVG) zu nennen, wobei dahingestellt bleiben kann, ob ihre Aufrechnungsgegnerschaft nach der Amtstheorie⁹⁾ auf eigener Verfügungsbefugnis oder nach der Vertretungstheorie¹⁰⁾ auf passiver Stellvertretung (s.o. § 14 B a.E.) beruht.¹¹⁾ Das Schrifttum sieht, wie schon zu oben § 12 B III erwähnt, den § 392 BGB lediglich aus der Perspektive des Zwangsvollstreckungsrechtes: Es handele sich bei dieser Vorschrift um eine mit allgemeinen Billigkeitserwägungen zu begründende Ausnahme von dem Zahlungs-

9) S.u. § 20 Anm. 9.

10) S.u. § 20 Anm. 10.

11) Die Möglichkeit einer Stellvertretung durch den Gerichtsvollzieher ist umstritten. Dafür: (bei gesetzlich bestimmten Ausnahmen) RGZ 77, 24 (25); 134, 141 (143); Erman-Böhle-Stam-schröder vor § 164 Anm. 5; Gaupp-Stein-Jonas-Schönke-Pohle zu § 753 Anm. I Abs.II a.E.; Rosenberg § 26 II 4 Abs.VI; Soergel-Siebert-Schultze-v.Lasaulx vor § 164 Anm. 33 a.E.; Staudinger-Going vor § 164 Anm. 68; Wieczorek zu § 753 Anm. A II a 1. - Dagegen: RGZ 90, 193 (194); 102, 77 (79); 156, 395 (399); RG Warn Rspr 1915 Nr. 274; Baumbach-Lauterbach zu § 753 Anm. 1 A; de Boor-Erkel § 2 I 7 a.E.; Enneccerus-Nipperdey § 182 Anm. 14; Gareis-Oertmann zu § 166 Anm. 4 e; RGRK-BGB-Kuhn vor § 164 Anm. 7; Warneier-Buchwald vor § 164 Text zu Anm. 28. - Vgl. ferner RGZ 82, 85 (90); Bruns ZVR § 12 II 3 a, § 19 III 2 Abs.III a.E. und § 20 V 3 a aa Abs.I; Schönke-Baur § 4 B II 1 a Abs.IV.

verbot.¹²⁾ Hieran ist zweierlei zu beanstanden. Einmal wird verkannt, daß nach der Erwerbsrechtstheorie die Gegenforderung nicht an den Vollstreckungsschuldner, sondern an den Vollstreckungsgläubiger oder an beide geleistet wird (s.o. § 15 A I, C), zum anderen, daß die dem § 392 BGB innewohnende Billigkeit genauer durch den Satz "prior tempore, potior iure", zum Ausdruck gebracht werden kann (s.o. § 12 A I). Das in Bezug auf den Vorrang des Aufrechnungsrechtes Dargelegte gilt für dessen Gleichrang entsprechend (s.o. § 12 A III).

2. Der Nachrang des Aufrechnungsrechtes

Geht das Aufrechnungsrecht im Rang dem Zwangsverwertungsrecht nach, so vermag sich jenes gegen dieses nicht durchzusetzen (s.o. § 12 A III). Einen weiteren Grund für dieses Unvermögen liefert das Verfügungsverbot an den Vollstreckungsschuldner. Es findet nämlich gemäß §§ 136; 135 I 2 BGB auf Verfügungen Anwendung, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgen. Aus § 394 BGB läßt sich entnehmen, daß, was für die Beschlagnahme des Hauptrechtes gilt, ebenso für die Begründung eines Aufrechnungsrechtes gelten muß (s.o. §§ 3 D II 3; 8 B I 2). Folglich ist das nachrangige Aufrechnungsrecht dem Träger des vorrangigen Zwangsverwertungsrechtes gegenüber relativ unwirksam (vgl. §§ 136; 135 I 1 BGB). Entfällt dieses nachträglich, so rückt jenes erstens im Rang auf, zweitens wird es absolut wirksam. Solange das aber nicht geschieht, ist die Ausübung des Aufrechnungsrechtes nicht nur relativ unwirksam, sondern mangels Erstrangs (s.o. § 12 C) überhaupt ausgeschlossen.¹³⁾ Eine trotzdem abgegebene Aufrech-

12) So RG Warn Rspr 1912 Nr. 380 (S. 418 a.E.); OLG Hamburg 14, 175 (176); BGB-Motive 2. Bd. S. 111 § 286; Oertmann zu § 392 Anm. 1 Abs.I; Palandt-Danckelmann zu § 392 Anm. 1 a.A.; Patzelt S. 19, 2 Abs.I; Planck-Siber zu § 392 Anm. 1 Abs.I; RGRK-BGB-Löscher zu § 392 Anm. 1; Schollmeyer zu § 392 Anm. 1 Abs.I; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 392 Anm. 1 a.A.; Staudinger-Werner zu § 392 Anm. II 1; Werner S. 14 Anm. 3; Wünschmann Abs.VII.

13) A.M., d.h. für lediglich relative Unwirksamkeit der Aufrechnung bei nachrangigem Aufrechnungsrecht: BGB-Motive 2. Bd. S. 112 § 286 a.E. (vgl. auch die Worte "zum Nachtheil" in § 286 E I BGB, s.u. § 21 Anm. 16); Enneccerus-Lehmann § 70 Anm. 10; Erman-Westermann zu § 392 Anm. 1 a.E.; Lang § 5 III c 8 Abs.IV; Oertmann zu § 392 Anm. 4 a.A.; Palandt-Danckelmann zu § 392 Anm. 1; Planck-

nungserklärung ist nichtig und bleibt es auch (§ 388, 2 BGB analog). Sie muß wiederholt werden, wenn die Voraussetzungen gegeben sind.¹⁴⁾ Die Zumutbarkeit der Wiederholung ergibt sich daraus, daß sie ohne Schaden für den Erklärenden möglich ist (s.o. § 18 B III).

B. Die relative Unwirksamkeit des Hauptrechtes

I. Fortbestehen des Aufrechnungsrechtes

Leistet der Drittschuldner, obwohl ihm ein vorrangiges Aufrechnungsrecht an dem beschlagnahmten Recht zusteht (s.o. A II 1), verbotswidrig an den Vollstreckungsschuldner, so erhebt sich die Frage, ob infolge der Leistung eine Aufrechnung ausgeschlossen ist. Das hängt davon ab, inwieweit die Leistung wirksam ist: Soweit sie wirksam ist, muß ein Ausschluß angenommen werden. Denn die Aufrechnung ist nach der Erwerbsrechtstheorie selbst Leistung (s.o. §§ 8 B II; 11 A II, C; 13 B; 15 A I, C). Eine wirksame Leistung aber macht eine nochmalige Leistung unmöglich.¹⁵⁾ Die ver-

Siber zu § 392 Anm. 3 Abs. I a.A.; RGRK-BGB-Löschner zu § 392 Anm. 4; Schoellmeyer zu § 392 Anm. 3; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 392 Anm. 1 a.E.; Staudinger-Werner zu § 392 Anm. II 3 Abs. I; Warneyer-Buchwald zu § 392 Text zu Anm. 6.

¹⁴⁾ So für die Kündigung RGZ 141, 220 (222 und 223); 146, 314 (316); KG OLG 15, 327 (328); für die Aufrechnung vgl. RGZ 78, 382 (383); RG Warn Rspr 1912 Nr. 66; so auch Enneccerus-Nipperdey § 204 V 3 Abs. II; Erman-Böhle-Stamschräder zu § 185 Anm. 11; Gareis-Certmann zu § 185 Anm. 6; Lehmann § 37 V Kleindruck Abs. I; Palandt-Danckelmann zu § 185 Anm. 1 a.E.; Planck-Flad zu § 185 Anm. 5; RGRK-BGB-Kuhn zu § 185 Anm. 28 (vgl. ferner Anm. 16); Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx zu § 185 Anm. 4; Staudinger-Going zu § 185 Anm. 2 Abs. II und 6 Abs. V; Warneyer-Buchwald zu § 185 Anm. III Abs. IV.

¹⁵⁾ So RG Gruchot 56, 1066 (1068) = JW 1912, 753¹⁸⁾ = Warn Rspr 1912 Nr. 294 (S. 330); LG Kaiserslautern NJW 1955, 1761⁹⁾. - Dahingestellt bleiben kann hier die alte Streitfrage, ob die in Unkenntnis eines Aufrechnungsrechtes bewirkte Leistung die Aufrechnung ausschließt. Selbst wer diese Frage verneint und einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zuläßt, muß zuvor anerkennen, daß die Wirksamkeit der Erstleistung aufhebbar ist. Bejahend RGZ 120, 280 (282); 144, 93 (94); BGB-Motive 2. Bd. SS. 109 Abs. II und 332 Abs. III; Enneccerus-Lehmann § 10 I 4 und § 71 II (im Gegensatz zur Vorauflage); Esser § 73, 5 Abs. II; Fikentscher : 39 III 6 a.E. (im Text ist allerdings, wohl irrtümlich, von "Kenntnis" anstatt von "Unkenntnis" die Rede); Hedemann SchR § 26 IV Abs. III; Lang § 9 III 3 a; Larenz § 27 III d Anm. 2; F. Leon-

botswidrige Leistung des Drittschuldners, aus welchen Beweggründen auch immer sie erfolgen mag,¹⁶⁾ ist dem verwertungsberechtigten Vollstreckungsgläubiger gegenüber relativ unwirksam (s.o. A II a.A.), sonst jedoch wirksam, das Hauptrecht also diesem gegenüber wirksam, sonst jedoch relativ unwirksam.¹⁷⁾ Mithin kann die eingangs gestellte Frage zugleich bejaht und verneint werden. Soweit das Hauptrecht wirksam ist, bleibt es mit dem vorrangigen Aufrechnungsrecht belastet, während die Belastung im übrigen erlischt, d.h. soweit die Leistung unwirksam ist, nämlich dem Zwangsverwertungsberechtigten gegenüber, bleibt

hard BürgA § 7 B 4 und SchR § 323 Abs.I a.E.; Lippmann SS. 542 und 543; Palandt-Danckelmann zu § 389 Anm. 2; RGRK-BGB-Löschner vor § 387 Anm. 7; Schollmeyer zu § 389 Anm. 2; Siber § 17 I 1 c Abs.V; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 389 Anm. 4; verneinend Ulpianus Dig. 16, 2, 10, 1, ferner Dig. 12, 6, 30; Böhle-Stamschröder zu § 53 Anm. 6; Erman-Westermann zu § 389 Anm. 3; Jaeger-Lent zu § 53 Anm. 4 und 14 Abs.II a.E.; Mentzel-Kuhn zu § 53 Anm. 18; Oertmann zu § 389 Anm. 1 Abs.III; Planck-Siber zu § 389 Anm. 3 (im Gegensatz zur Voraufgabe); Staudinger-Werner zu § 389 Anm. I; Warneyer-Buchwald zu § 389 Text zu Anm. 9; Weigelin § 17, 2 Abs.I bis VI; Weismann SS. 34 Abs.II und 35 Abs.I; Windscheid-Kipp § 349 Zusatz 2 h.

16) Es handelt sich meist um Werklohnforderungen bzw. um den pfändbaren Teil von Dienst- und Arbeitslohnforderungen aus noch nicht oder nicht völlig abgewickelten Verträgen, wobei die verbotswidrige Zahlung geleistet wird, um den Werkunternehmer bzw. den Dienstverpflichteten oder Arbeitnehmer, der infolge der Pfändung versucht ist, seine Leistung zu verzögern oder ganz zu unterlassen, bei der Stange zu halten: vgl. RG Gruchot 56, 1066 (1067) = JW 1912, 753¹⁸ = SeuffA 68 Nr. 71 = Warn Rep 1912 Nr. 294 (S. 329); OLG Düsseldorf NJW 1962, 1920¹⁰; OLG Hamm 24, 253 (254); OLG Stuttgart NJW 1960, 204¹³ mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung von Kubisch zu NJW 1960, 683²²; LG Kaiserslautern NJW 1955, 1761¹⁹. Vgl. hierzu Bruns ZVR § 21 IV 2 b bb Abs.II und § 22 II 2 Abs.IV.

17) Vgl. den Begriff des relativ unwirksamen Eigentums bei Baur § 3 II 1 d aa und Wolff-Raiser § 88 IV.

die Aufrechnung möglich, während sie im übrigen ausgeschlossen ist. Zum Schluß sei darauf hingewiesen, daß die obige Frage ganz zu verneinen wäre, falls § 1281 BGB zur Anwendung käme, was im Hinblick auf § 804 II ZPO als durchaus vertretbar erscheint.¹⁸⁾ Danach ist die Leistung an den Vollstreckungsschuldner nicht nur, weil verbotswidrig, relativ unwirksam. Vielmehr ist sie absolut unwirksam, da ihm durch die angeführte Vorschrift seine Einziehungsbefugnis völlig genommen wird. Sie geht entweder auf den Vollstreckungsgläubiger über (vgl. insbesondere § 835 ZPO) oder auf die von diesem und dem Vollstreckungsschuldner gebildete Rechtsgemeinschaft (vgl. das Wort "gemeinschaftlich" in §§ 741; 1281; 2039 BGB).¹⁹⁾ Die Leistung an ihn ist demnach genauso unwirksam, wie wenn in Kenntnis einer Abtretung an den bisherigen Gläubiger geleistet würde.

II. Widerlegung der Gegenmeinung

Diejenige Meinung, die ein Fortbestehen des Aufrechnungsrechtes bei relativer Unwirksamkeit des Hauptrechtes an-

18) Für Anwendung von § 1281 BGB auf das Pfändungspfandrecht: RGZ 77, 250 (254); 104, 34 (35); 108, 318 (320); RG Gruchot 56, 1066 (1068) = JW 1912, 753¹⁸⁾ = SeuffA 68 Nr. 71 = Warn Rspr 1912 Nr. 294 (S. 329); KGJ 29 B 88 (90); Baumbach-Lauterbach zu § 829 Anm. 5 A; Bruns ZVR § 22 I 1 Abs. I und III; Erman-Ronke zu § 1281 Anm. 4; Gaupp-Stein-Jonas-Schönke-Pohle zu § 829 Anm. V 1 Text zu Anm. 67; Palandt-Hoche zu § 1281 Anm. 5; Planck-Flad zu § 1281 Anm. 4; RGRK-BGB-Kregel zu § 1281 Anm. 5 a.A.; Rosenberg § 193 II 5 b Abs. I; Soergel-Siebert-Augustin zu § 1281 Anm. 8 a.E.; Staudinger-Spreng zu § 1281 Anm. 6; Warneyer-Buchwald zu § 1281 Text zu Anm. 5; Wieczorek zu § 829 Anm. G IV Abs. I.

19) Dem Text liegt die von Saenger § 28 begründete Theorie zugrunde, nach welcher die Rechtsgemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs Gesamthandscharakter trägt. A.M. Esser § 179, 2 a; Planck-Lobe vor § 741 Anm. II Abs. I a.A.; Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx vor § 741 Anm. 10 Abs. II; Staudinger-Kober zu § 741 Anm. 1 Abs. I a.E.; vermittelnd Enneccerus-Lehmann C 183 Anm. 2 und Enneccerus-Nipperdey § 76 II 4 a.

nimmt,²⁰⁾ wird in Rechtsprechung und Schrifttum mit verschiedenartigen Argumenten bekämpft.²¹⁾ Einmal wird geltend gemacht, in der verbotswidrigen Leistung sei ein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht zu sehen.²²⁾ Hier handelt es sich um eine Tatfrage, die allgemeiner Beantwortung unzugänglich ist. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob tatsächlich ein Verzichtswille vorlag. Zum anderen wird vorgebracht, das Zahlungsverbot, das den Schutz des Vollstreckungsgläubigers bezwecke, dürfe nicht dessen Nachteil bewirken.²³⁾ Dem ist folgendes entgegenzuhalten. Es stimmt, daß das Zahlungsverbot den Schutz des verwertungsberechtigten Vollstreckungsgläubigers bezweckt (s.o. A II a.A.). Es trifft auch zu, daß eine Aufrechnung ihn benachteiligt (s.o. § 15 A I). Aber die Ursache des Nachteils ist nicht das Verbot. Seine Wirkung erschöpft sich darin, das Hauptrecht dem Zwangsverwertungsberechtigten so zu erhalten, wie es vor der verbotswidrigen Leistung war. War es belastet, so bleiben die Belastungen bestehen. Der Nachteil, den sie bedeuten, wird allein dadurch verursacht, daß sie entstanden und noch nicht erloschen sind: Das Zahlungsverbot ist kein Erlöschenstatbestand für vorhandene Belastungen.

20) Vgl. namentlich Stein § 5 Abs.III a.E., der in seinem Kommentar ursprünglich mit RG Gruchot 56, 1066 ff. für die Gegenmeinung eingetreten war, dann aber umschwenkte, weil sich bei näherer Prüfung zeige, "daß die Entscheidung des Reichsgerichts an einem unlöslichen Widerspruche leidet." - Vgl. ferner OLG Düsseldorf NJW 1962, 1920¹⁰⁾; OLG Hamm 24, 253 (254); LG Kaiserslautern NJW 1955, 1761⁹⁾; Baumbach-Lauterbach zu § 829 Anm. 7 B b; Gaupp-Stein-Jonas-Schönke-Pohle zu § 829 Anm. VII 2 b Text zu Anm. 117; Planck-Siber zu § 392 Anm. 3 Abs.I a.E.; Staudinger-Werner zu § 392 Anm. II 3 Abs.II; Wieczorek zu § 829 Anm. G II b 1 Abs.II; widerspruchsvoll Warneyer-Buchwald zu § 392 Text zu Anm. 5 und 7 (unter Berufung sowohl auf die Entscheidung des Reichsgerichts als auch auf die entgegengesetzte Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm).

21) Vgl. RG Gruchot 56, 1066 (1069) = JW 1912, 753¹⁸⁾ = Warn Rspr 1912 Nr. 294 (S. 330); OLG Hamburg MDR 1958, 432⁷⁰⁾; Bruns ZVR § 22 II 2 Abs.III a.A.; Oertmann zu § 392 Anm. 1 Abs.II; Rosenberg § 193 II 5 b Abs.I; Schönke-Baur § 25 VII 5 c aa; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 392 Anm. 1.

22) Gegen die Annahme eines Verzichtes: RG Gruchot 56, 1066 (1068) = JW 1912, 753¹⁸⁾ = Warn Rspr 1912 Nr. 294 (S. 330); LG Kaiserslautern NJW 1955, 1761⁹⁾.

23) So OLG Hamburg MDR 1958, 432⁷⁰⁾ (433); Bruns ZVR § 22 II 2 Abs.III a.E.. - A.M. OLG Düsseldorf NJW 1962, 1920¹⁰⁾; OLG Hamm 24, 253 (255 und 256); LG Kaiserslautern NJW 1955, 1761⁹⁾; Planck-Siber zu § 392 Anm. 3 Abs.I a.E.; Stein § 5 Abs.III a.A..

Daß das Aufrechnungsrecht eine Belastung des Hauptrechtes darstellt, wurde zu oben § 8 B a.A. nachgewiesen. Endlich ist noch zu erwähnen, daß versucht wird, aus dem Recht der unerlaubten Handlungen ein Argument für die Gegenmeinung zu gewinnen (vgl. §§ 393; 823 II BGB; 137 StGB; 829 I 1 ZPO).²⁴⁾ Dieser Versuch scheitert schon daran, daß ein Verstoß gegen das Zahlungsverbot dem Vollstreckungsgläubiger keinen Schaden zufügt. Denn für ihn bleibt wegen der relativen Unwirksamkeit alles beim alten.²⁵⁾

C. Ergebnis

Für die Aufrechnung gegen ein beschlagnahmtes Recht mit einer Forderung gegen den Vollstreckungsschuldner im besonderen gilt also das gleiche wie für die Aufrechnung gegen ein belastetes Recht mit einer Forderung gegen den Hauptberechtigten im allgemeinen. Arrestatorium und Inhibitorium führen nicht zu einer unterschiedlichen Beurteilung: Genießt das Aufrechnungsrecht Vorrang, so vermögen die Verbote nicht es zu beeinträchtigen, genießt dagegen das Zwangsverwertungsrecht Vorrang, so vermögen sie nicht die ohnehin schlechte Stellung des Aufrechnungsrechtes zu verschlechtern.

24) Ablehnend OLG Düsseldorf NJW 1962, 1920¹⁰ (1921); OLG Hamm 24, 253 (256); LG Kaiserslautern NJW 1955, 1761⁹ (1762).

25) Gleichgültig, welche Meinung man vertritt, die Folgerichtigkeit gebietet, Aufrechnungsrecht und Einwendungen jeweils in entsprechender Weise zu beurteilen, vgl. Bruns ZVR § 22 II 2 Abs.III. Wird z.B. vor Beschlagnahme einer Forderung diese von ihrem Gläubiger gestundet und zahlt nach der Beschlagnahme der Drittschuldner unter Außerachtlassung seiner Stundungseinrede verbotswidrig an den Vollstreckungsschuldner, so ist die Zahlung dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber unwirksam. Ihm gegenüber besteht also die Forderung weiter, und zwar grundsätzlich in demselben Zustand wie vorher, d.h. behaftet mit ihren Einreden, es sei denn, daß ausnahmsweise in der Zahlung ein Verzicht gefunden werden kann (s.o. Anm. 22 und Text dazu).

§ 20 Konkursrecht

Übersicht

A.	Allgemeines	145
I.	Das Konkursverwertungsrecht	145
II.	Die relative Unwirksamkeit	147
B.	Die Erleichterung und die Beschränkung der Aufrechnung	149
I.	Rechtfertigung der Bezeichnung	149
II.	Fehlen der Rechtfertigung	150
C.	Die Aufrechnung durch Massegläubiger	151
D.	Die Aufrechnung gegen konkursfreie Rechte	152
E.	Ergebnis	153

A. Allgemeines

I. Das Konkursverwertungsrecht

Das zu oben § 19 in Bezug auf das Zwangsvollstreckungsrecht Ausgeführte ist zu einem großen Teil auf das Konkursrecht übertragbar. Der Beschlagnahme im vollstreckungsrechtlichen Sinne (s.o. § 19 A I) entspricht die "Konkursbeschlagnahme", ein Tatbestand, dessen wesentliches Merkmal der Eröffnungsbeschluß ist (vgl. §§ 108 ff. KO).¹⁾ Die Beschlagnahme hat hier das "Konkursverwertungsrecht" (vgl. insbesondere §§ 3 I; 6 II; 117 I KO), dort das Zwangsverwertungsrecht zur Rechtsfolge. Der Begriff des Konkursverwertungsrechtes stößt oft auf Ablehnung, weil er in der Konkursordnung nicht hervortritt.²⁾ Das hindert aber nicht, ihn als einen Grundbegriff des Konkursrechtes anzusehen, der, obwohl nicht ausdrücklich anerkannt, doch zahlreichen Vorschriften

1) Vgl. Böhle-Stamschröder zu § 108 Anm. 1 a.A.; de Boor-Erkel § 25 I 1 Abs.III; v. Canstein SS. 481 a.E. und 482 a.A.; Köhler LF § 13 III Abs.I a.E.; Mentzel-Kuhn zu § 3 Anm. 1; Mothes § 12; Schönke-Baur § 50 A VI 6; Seuffert SS. 151 a.E. und 152 Abs.I bis III.

2) Vgl. RGZ 46, 165 (167); KO-Materialien (Motive) S. 45 Abs. V und VI; de Boor-Erkel § 25 I 2; Herling § 4 I 3; Jaeger-Lent vor §§ 6-9 Anm. II a bis f; Lang § 35 IV 1 b Abs.II; Mentzel-Kuhn zu § 3 Anm. 1; Mothes S. 85 Abs.I; Schönke-Baur § 50 D V Abs.III.

ten, insbesondere den letztgenannten, zugrunde liegt.³⁾ Das Konkursverwertungsrecht verlangt einen Träger. Es steht der von den Konkursgläubigern gebildeten Gemeinschaft zur gesamten Hand zu.⁴⁾ So führt der Begriff des Konkursverwertungsrechtes zu dem der "Konkursgemeinschaft".⁵⁾ Als deren Organe erweisen sich dann die Gläubigerversammlung, der Gläubigerausschuß und der Konkursverwalter.⁶⁾ Er handelt entweder als Verfügungsbefugter (vgl. § 6 II KO) im eigenen Namen oder als Stellvertreter im Namen der Konkursgemeinschaft.⁷⁾ Sein Handeln kann als "neutral" bezeichnet werden,⁸⁾ da er die gesetzlich festge-

3) Vgl. v. Canstein S. 482 a.A. (ähnlich einem Pfändungspfandrecht); Eckstein § 9 S. 87 Abs.I ("Pfandrecht"); Hellmann S. 625 Abs.VI ("pfandrechtsartiges Recht"); Kohler LF § 11 III ("ein dem Pfandrecht verwandtes Wertrecht, das Beschlagsrecht"); Krückmann BürgA S. 149 a.A. ("pfandartiger Nexus"); Kunick § 1 I 1 A a ("Pfandrecht"); Seuffert S. 152 Abs.IV ("Recht auf Sachhaftung (Pfandrecht)").

4) Manche gestehen der Gläubigerschaft sogar eine eigene Rechtspersönlichkeit zu, vgl. Förster-Eccius S. 104 ("durch Fiction personificiert") und R. Leonhard § 36 III Abs.I a.E. ("verkannte juristische Person"). Andere gehen nicht einmal so weit, eine Gemeinschaft zur gesamten Hand anzunehmen, vgl. KO-Materialien (Motive) SS. 46 a.E. und 47, wo eine von den Gläubigern gebildete "rechtliche Gemeinschaft" ("communio incidens") anerkannt, eine "Personeneinheit" ("corpus creditorum") aber abgelehnt wird; Bruns ZPR § 11 III Abs.III ("Interessengemeinschaft"); Hellmann S. 644 a.A. ("Gemeinschaft nach Bruchteilen"); Mentzel-Kuhn zu § 3 Anm. 2 ("Interessengemeinschaft"); Schönke-Baur § 50 D V Abs.II ("Gläubigergemeinschaft").

5) Vgl. v. Canstein SS. 466 a.E. und 467 a.A. ("Gläubigerschaft"); O. Gierke 1. Bd. S. 674 Abs.III ("Gemeinschaft der Konkursgläubiger"); Kohler LF, der eine materiellrechtliche "Beschlaggemeinschaft" (§ 37) und eine prozessuale "Konkursgemeinschaft" (§ 40) unterscheidet; Kunick § 1 I 1 A b ("Gläubigerschaft"); Seuffert S. 155 Abs.II ("Gläubigerschaft"); Weigelin S. 99 a.A. ("Vereinigung der Konkursgläubiger").

6) Vgl. de Boor-Erkel § 22; v. Canstein S. 664 II 1 Abs. II; Kohler LF §§ 41 bis 44; Schönke-Baur § 50 D V Abs.II; Seuffert § 26.

7) Für Vertretung der Konkursgläubiger: v. Canstein S. 463 a.E.; Eckstein § 9 S. 89 Abs.I; Hellmann S. 632 Abs.III; Kohler LF § 41 I bis III; Kunick § 1 I 1 A b; Seuffert § 26 Abs.II; Weigelin S. 99 a.A..

8) So Dölle Fritz-Schulz-Festschrift, insbesondere S. 273 Abs.III.

legten Zwecke der Konkursgemeinschaft verfolgt, dagegen nicht im Interesse von einzelnen ihrer Mitglieder tätig wird. Die Theorie der Konkursgemeinschaft ist also imstande, einen gewissen Ausgleich zwischen Amtstheorie⁹⁾ und Vertretungstheorie¹⁰⁾ herzustellen. Ist das Hauptrecht mit dem Konkursverwertungsrecht belastet, so gilt grundsätzlich das gleiche wie für andere Belastungen des Hauptrechtes, zum Beispiel, was den Erstrang des Aufrechnungsrechtes (s.o. § 12), die Wirkung seiner Ausübung (s.o. § 15 A I) und die Aufrechnungsgegnerschaft (s.o. §§ 14 B; 15 C) angeht. Ob und welche Ausnahmen davon die §§ 7 und 15 KO verursachen, wird in dem Nachfolgenden zu II geprüft.

II. Die relative Unwirksamkeit

Dem Arrestatorium und Inhibitorium des Zwangsvollstreckungsrechtes (s.o. § 19 A II a.A.) entspricht im Konkursrecht einerseits der offene Arrest (vgl. § 118 KO)¹¹⁾ und der Verlust der Verfügungsbefugnis durch den Gemeinschuldner (vgl. § 6 I KO), andererseits die in §§ 7 und 15 KO ausgesprochene relative Unwirk-

9) Vgl. die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts: RGZ 29, 29 (36); 35, 28 (31); 47, 372 (373); 52, 330 (333 Abs.IV); 53, 350 (352); 55, 265 (266); 63, 69 (71); 65, 287 (288 a.E.); 76, 125 (126 a.A.); 80, 416 (418); 81, 292; 97, 107 (109); 120, 189 (192). Ihr hat sich der Bundesgerichtshof angeschlossen: BGHZ 24, 393 (396); 32, 114 (118). Vgl. ferner Baumbach-Lauterbach Grundzüge vor § 50 Anm. 2 C; de Boor-Erkel § 23 VI 4; Gaupp-Stein-Jonas-Schönke-Pohle vor § 50 Anm. I 2 a Abs.I; Mentzel-Kuhn zu § 6 Anm. 17; Schönke-Baur § 50 C I 2 Abs.V.

10) Vgl. KO-Materialien (Motive) S. 46 Abs.II; Bruns ZPR § 11 III Abs.III und JZ zu Schönke-Baur Abs.II; Enneccerus-Nipperdey § 180 I 1 e Abs.III; Herling § 4 I 2 Abs.II a.A.; Jaeger-Lent vor §§ 6-9 Anm. XIV a.E.; Lang § 12 II Abs.I; Rosenberg § 39 II 3; v. Tuhr AT § 19 Text zu Anm. 43; Wolff S. 210 a.A.; ferner die oben in Anm. 7 genannten.

11) Der offene Arrest wirkt im Gegensatz zum Arrestatorium nur deklaratorisch, vgl. KO-Materialien (Motive) S. 309 Abs.I; Böhle-Stamschröder zu § 118 Anm. 1 Abs.I; de Boor-Erkel § 34 III 4; Kohler LF § 13 III Abs.I a.E.; Mentzel-Kuhn zu § 118 Anm. 1; Seuffert S. 286 a.E..

samkeit.¹²⁾ Sie bezweckt nach dem Wortlaut des Gesetzes den Schutz der "Konkursgläubiger", d.h. der von diesen gebildeten Konkursgemeinschaft (s.o. I). Von dem ihr zustehenden Konkursverwertungsrecht soll offenbar jede Beeinträchtigung ferngehalten werden. Steht dem Aufrechnungsrecht der Vorrang vor oder der Gleichrang mit dem Konkursverwertungsrecht zu, so wird durch die relative Unwirksamkeit allein die Aufrechnungsgegnerschaft des dem Vollstreckungsschuldner entsprechenden Gemeinschaftschuldners in Frage gestellt (s.o. § 19 A II 1). Ähnlich wie oben dürfte sie infolge der alternativen Aufrechnungsgegnerschaft des Konkursverwalters zu bejahen sein, wobei dahingestellt bleiben kann, ob diese nach der Amtstheorie auf eigener Verfügungsbezugnis (vgl. § 6 II KO) oder nach der Vertretungstheorie auf passiver Stellvertretung der Konkursgemeinschaft (s.o. § 14 B a.E.) beruht.¹³⁾ Geht das Aufrechnungsrecht im Rang dem Konkursverwertungsrecht nach, so vermag sich jenes aus zwei Gründen nicht durchzusetzen, einmal wegen seines Nachrangs, zum anderen, weil es gemäß § 15 KO der Konkursgemeinschaft gegenüber relativ unwirksam ist (s.o. § 19 A II 2). Das Schrifttum sieht, wie schon zu oben § 12 B III erwähnt, die §§ 53; 55, 1, 2 KO im allgemeinen lediglich aus der Perspektive des Konkursrechtes: Es handele sich um eine Sondervorschrift zu § 15 KO, die wie dieser ein Mittel zur Verwirklichung des Grundsatzes "par condicio omnium creditorum" sei.¹⁴⁾ Verkannt wird indessen, daß sie bereits durch den Nachrang gewährleistet ist.

12) Für relative Unwirksamkeit: KO-Materialien (Motive) S. 61 a.E.; de Boor-Erkell § 25 III 5; Enneccerus-Nipperdey § 202 III; Hellmann S. 253 Abs. II; Jaeger-Lent zu § 7 Anm. 8 Abs. IV; Kohler LF § 11 II; Lehmann § 27 II 1 d Abs. IV; Seuffert S. 154 Abs. III und § 27; Windscheid-Kipp § 82 Anm. 8; dagegen: RGZ 71, 38 (39 a. E.); 157, 294 (295 a. E.); Böhle-Stamschräder zu § 7 Anm. 3; Mentzel-Kuhn zu § 7 Anm. 6; Strohal, ABGE-Festschrift, § 10 II; v. Tuhr AT 2. Bd. 1. H. S. 332.

13) Zur Aufrechnungsgegnerschaft des Konkursverwalters vgl. RGZ 56, 362 (364); KO-Materialien (Motive) S. 219 a.A.; Böhle-Stamschräder zu § 53 Anm. 7; Hellmann S. 260 a.A.; Hilker § 4, 1 Abs. II; Jaeger-Lent zu § 53 Anm. 2 a.A.; Kohler LF § 14 VI; Lang § 12 II; Mentzel-Kuhn zu § 53 Anm. 16; Schönke-Baur § 51 E II 2 a.E.; Seuffert S. 233, 5.

14) Vgl. Ulpian Dig. 42, 8, 6, 7; RGZ 124, 346 (349 a.E.); BGHZ 30, 248 (250); Böhle-Stamschräder zu § 55 Anm. 1; Börner Text zu Anm. 41; Herling § 4 II a; Hilker § 11 a.A.; Jaeger-Lent

B. Die Erleichterung und die Beschränkung der Aufrechnung
I. Rechtfertigung der Bezeichnung

Weithin werden die Vorschriften der §§ 54; 55 KO als "Erleichterung" bzw. "Beschränkung" der Aufrechnung bezeichnet.¹⁵⁾ Diese Bezeichnungsweise hat ihren gesetzlichen Niederschlag in § 54, 1 a.E. VerglO gefunden. Gleichwohl soll sie auf ihre Rechtfertigung hin geprüft werden. Zwischen Begründung und Reifung des Aufrechnungsrechtes (s.o. § 10 B) ist der Träger eines schon fälligen Hauptrechtes zur alleinigen Einziehung befugt, und das Aufrechnungsrecht als Verwertungsrecht (s.o. § 8 B I) besteht an dem eingezogenen Surrogat nicht fort (anders §§ 1281; 1287; 1288 I BGB). Von dieser Regel macht § 54 III KO eine Ausnahme: Handelt es sich um eine aufschiebend bedingte Gegenforderung, die Konkursforderung ist (arg. §§ 63; 67 KO), so kann der Aufrechnungsrechte Zug um Zug gegen Erfüllung der mit Konkursbeschlag belegten Hauptforderung "zum Zwecke der Aufrechnung bei dem Eintritt der Bedingung" Sicherheitsleistung verlangen (vgl. §§ 232 ff. BGB).¹⁶⁾ Durch sie erwirbt der Aufrechnungsberechtigte ein Verwertungsrecht (vgl. §§ 232 I; 233 BGB). Hierin liegt für ihn ein sonst nicht gegebener Vorteil, so daß es gerechtfertigt erscheint, von einer "Erleichterung" der Aufrechnung zu sprechen. Übrigens fließt der als Sicherheitsleistung hinterlegte Betrag nach Maßgabe des § 171 KO für die Schlußverteilung zur Konkursmasse zurück, "wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, daß die bedingte Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat" (s.o. § 10 D).

zu § 12 vor Anm. 1 und zu § 55 Anm. 1 Abs.I; Lang § 35 Abs.I und II; Mentzel-Kuhn zu § 55 Anm. 2; Weigelin S. 102 a.E.. Siehe aber auch die unten in Anm. 17 genannten.

15) Vgl. KO-Materialien (Motive) S. 217 a.E.; Bley zu § 54 Anm. B und C; Böhle-Stamschräder zu § 54 Anm. 1 und zu § 55 Anm. 1; de Boor-Erkel § 29 I 4, II und III; Hellmann S. 160 a.A.; Hering §§ 2 und 3; Hilker S. 22 Abs.I; Jaeger-Lent zu § 53 Abs.I; Lang Titel; Mentzel-Kuhn zu § 53 Anm. 2 a.A.; Schönke-Baur § 51 E II und III. — Die Annahme einer Einschränkung des Aufrechnungsrechts durch § 55, 1, 2 KO wurde schon von Weigelin S. 103 Abs.II bekämpft. Kohler LF § 14 II spricht von "scheinbarer" Erweiterung und Beschränkung.

16) Vgl. RGZ 80, 407 (415); Böhle-Stamschräder zu § 54 Anm. 3 b; Börner C II b Abs.II; de Boor-Erkel § 29 II 2 Abs.II a.E.; Hellmann S. 183; Hilker S. 58 a.A.; Jaeger-Lent zu § 54 Anm. 7; Lang § 29 II Abs.I; Mentzel-Kuhn zu § 54 Anm. 4 Abs.I a.E..

II. Fehlen der Rechtfertigung

Die Rechtfertigung, von einer "Erleichterung" oder einer "Beschränkung" der Aufrechnung zu sprechen, fehlt, wenn die allgemeinen Lehren des Aufrechnungsrechtes unverändert bleiben. Das ist bei §§ 54 I; 55, 1, 2 KO insofern der Fall, als sich jene in diesen widerspiegeln. Aus § 55, 1, 2 in Verbindung mit § 53 KO wurde zu oben § 7 A ein Rechtssatz ermittelt, der lediglich das allgemeine Erfordernis des Erstrangs zum Ausdruck bringt (s.o. § 12 B I).¹⁷⁾ Für den Rang eines Rechtes ist der Zeitpunkt seiner Begründung maßgebend (s.o. § 12 A I). Die Begründung des Aufrechnungsrechtes wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die an der Aufrechnung beteiligten Rechte betagt oder bedingt sind (s.o. § 10 C). Ebenso wenig wie Fälligkeit ist Gleichartigkeit notwendig (s.o. § 11 A III). Beide sind folglich für die Frage des Erstrangs des Aufrechnungsrechtes unerheblich. Diese allgemeine Unerheblichkeit hat § 54 I KO zum Gegenstand. Die allgemeinen Lehren des Aufrechnungsrechtes werden auch nicht durch §§ 54 II, IV; 55, 3 KO, die rein konkursrechtlicher Art sind, abgeändert, sondern höchstens mittelbar beeinflußt. Erstens kommen auf betagte Konkursforderungen und solche, die nicht auf einen Geldbetrag lauten, die §§ 65; 69; 70 KO zur Anwendung, gleichgültig, ob mit ihnen aufgerechnet wird (vgl. §§ 54 II, IV KO) oder nicht. Das kann allerdings die Reifung des Aufrechnungsrechtes beschleunigen (s.o. § 13 A). Zweitens unterliegt die Begründung des Aufrechnungsrechtes (s.o. § 8 B I), wie die anderer Verwertrungsrechte (vgl. §§ 30; 35 KO), der Konkursanfechtung (vgl. § 55, 3 KO).¹⁸⁾ Jedoch läßt es § 55, 3 KO nicht bei der nachträgli-

17) Auf die Ähnlichkeit zwischen §§ 53; 55, 1, 2 KO und § 392 BGB hat schon Seuffert S. 230 Abs. II und III hingewiesen. Ebenso Kunick § 3 IV und V. Vgl. ferner Kohler LF § 14 I Abs. I, der richtig mit der Aufrechnung beim Einzelpfandrecht vergleicht, aber nicht § 392 BGB, sondern § 406 BGB anführt, sowie Weigelin S. 100, der die Abtretung und die Belastung durch Nießbrauch oder Pfandrecht vergleichsweise heranzieht. So auch Börner C II a.

18) Ähnlich wie zu oben § 16 A I a. A. drängt sich hier ein Vergleich mit der Anfechtbarkeit des Erwerbs gesetzlicher Pfandrechte auf. Siehe dazu Böhle-Stamschräder zu § 30 Anm. 4 c; Hellmann S. 315 Abs. III; Jaeger-Lent zu § 30 Anm. 54 Abs. III; Mentzel-Kuhn zu § 30 Anm. 53 Abs. III.

chen Rückgewähr des § 37 KO bewenden. Anstattdessen verhindert er schon die Entstehung eines anfechtbaren Aufrechnungsrechtes (vgl. § 55 a.A. KO). Eine weitere Besonderheit bildet die in § 55, 3 II KO enthaltene Bestimmung. Bei § 56 KO kann von einer "Beschränkung" der Aufrechnung überhaupt nicht die Rede sein. Denn seine Rechtsfolge besteht in einem Ersatzanspruch.

C. Die Aufrechnung durch Massegläubiger

Wird gegen ein mit Konkursbeschlagnahm belegtes Recht aufgerechnet, so gehört die Gegenforderung einer von drei konkursrechtlichen Kategorien an. Es handelt sich entweder um eine Konkursforderung (vgl. §§ 61; 62 KO) oder um eine vom Konkursverfahren ausgeschlossene Forderung (vgl. § 63 KO) oder um eine Masseschuld im weiteren Sinne (vgl. §§ 58; 59 KO). Während der Rang des Aufrechnungsrechtes sich in den beiden ersteren Fällen nach dem Zeitpunkt seiner Begründung bestimmt (s.o. B II a.A.), ist im letzteren Falle ein anderer Gesichtspunkt maßgebend. Im Hinblick auf die Gegenseitigkeit (s.o. § 9 A I 2) ist zunächst bedeutsam, gegen wen sich die Gegenforderung des Massegläubigers richtet. Schuldner ist einmal die Konkursgemeinschaft.¹⁹⁾ Diese Möglichkeit kann erst zu unten § 22 A behandelt werden. Schuldner ist zum anderen aber auch der Gemeinschuldner.²⁰⁾ Das tritt bei Masseschulden im weiteren Sinne, im Gegensatz zu Konkursforde-

19) So v. Canstein S. 488 Abs.II; Kohler LF § 38 I; Kunick § 1 I 1 A b; Seuffert § 40 Abs.I; Weigelin S. 99 a; a.M. RGZ 52, 330 (332 a.E.); OLG Hamburg 25, 336 (337); Jaeger-Lent zu § 57 Anm. 3 Abs.I; Mentzel-Kuhn zu § 57 Anm. 9; Wolff S. 209 Abs.I.

20) So RGZ 52, 330 (332 a.E.); OLG Hamburg 25, 336 (337); KO-Materialien (Motive) S. 227; Böhle-Stamschräder zu § 57 Anm. 2; de Boor-Erkel § 30 I 2 Abs.I; Jaeger-Lent zu § 57 Anm. 2; Lang § 39 I Abs.VI; Mentzel-Kuhn zu § 57 Anm. 9; Schöнке-Baur § 51 F I 1 letzter Absatz; Wolff S. 212 Abs.II; a.M. v. Canstein S. 488 Abs.II; Kohler LF § 38 I; Seuffert § 40 Abs.I. Jedoch haftet nach OLG Hamburg 25, 336 (337); Böhle-Stamschräder zu § 57 Anm. 2; de Boor-Erkel § 30 I 2 Abs.II und III; Jaeger-Lent zu § 57 Anm. 4 und 5 Abs.I; Mentzel-Kuhn zu § 57 Anm. 10 und 11; Schöнке-Baur § 51 F I 1 letzter Absatz das konkursfreie Vermögen nur beschränkt. Für dessen unbeschränkte Haftung ist Wolff SS. 212 Abs.III und 213 a.A. eingetreten.

rungen, sehr wenig in Erscheinung. Denn vor der Eröffnung des Konkursverfahrens gibt es in der Regel noch keine Masseschulden (vgl. aber §§ 59, 2; 224 KO), während seiner Dauer steht der Anspruch gegen die Konkursgemeinschaft im Mittelpunkt und nach seiner Beendigung sind die Massegläubiger meist (vgl. §§ 57; 191 I; 205 II KO), wenn auch nicht immer (vgl. § 60 KO), befriedigt. Ist die Gegenforderung eine dem Gemeinschuldner obliegende Masseschuld im weiteren Sinne, so geht das Aufrechnungsrecht, obwohl es erst nach der Konkurseröffnung begründet wurde, dem Konkursverwertungsrecht vor, weil der Massegläubiger aufgrund von § 57 KO den Vorrang vor der Gesamtheit der Konkursgläubiger genießt und diese Trägerin des Konkursverwertungsrechtes ist (s.o. A I).²¹⁾ Eine ausdehnende Anwendung des Ausschlusses von Einzelzwangsvollstreckungen auf die Aufrechnung scheitert hier schon daran, daß sich § 14 KO nicht auf Massegläubiger, sondern auf Konkursgläubiger bezieht (s.u. D).

D. Die Aufrechnung gegen konkursfreie Rechte

Die Aufrechnung gegen unbelastete Rechte im allgemeinen und gegen konkursfreie Rechte im besonderen befindet sich zwar außerhalb des Rahmens der vorliegenden Untersuchung. Aber die Tatsache, daß der Inhaber des konkursfreien Rechtes Gemeinschuldner ist, legt die Frage nahe, ob die Aufrechnung durch konkursrechtliche Vorschriften beeinflußt wird. Meist steht ihr die Unpfändbarkeit des Hauptrechtes entgegen (vgl. §§ 394 BGB; 1 KO). Für die verbleibenden Fälle ist jedoch die Möglichkeit einer ausdehnenden Anwendung des Ausschlusses von Einzelzwangsvollstreckungen (vgl. § 14 KO) auf die Aufrechnung zu prüfen. Aus § 394 BGB läßt sich entnehmen, daß, was für die vollstreckungsrechtliche Beschlagnahme

21) Zur Unanwendbarkeit von § 55, 1, 2 KO auf die Aufrechnung durch Massegläubiger vgl. BGHZ 30, 248 (250); Böhle-Stamschräder zu § 55 Anm. 2 und 3 c aa; Herling § 13; Hilker S. 20 Abs. II; Jaeger-Lent zu § 55 Anm. 4 Abs. II und Anm. 11; Lang § 39 I Abs. VI bis VIII; Mentzel-Kuhn zu § 55 Anm. 5 a.E. und 13; Seuffert § 38 Anm. 8 und Text dazu. Kunick § 13 III und Weigelin S. 99 a betrachten die Aufrechnung durch Massegläubiger unter dem zu unten § 22 A zu behandelnden Gesichtspunkt.

des Hauptrechtes gilt, ebenso für die Begründung eines Aufrechnungsrechtes gelten muß (s.o. §§ 3 D II 3; 8 B I 2). Daher kommt eine ausdehnende Anwendung durchaus in Betracht. Sie hängt ab von dem Zweck des § 14 KO. Der Zweck des § 14 KO, soweit er das "sonstige Vermögen des Gemeinschuldners" betrifft, besteht offenbar darin, ihm eine Schonzeit zu gewähren.²²⁾ Dieser Zweck wird einerseits durch den Ausschluß von Einzelzwangsvollstreckungen erreicht, andererseits durch die Aufrechnung, die ja nur ausnahmsweise, nämlich bei Gegenseitigkeit gegeben ist (s.o. § 9 A I 2), nicht vereitelt. Das spricht dafür, es bei dem Schweigen des Gesetzes bewenden zu lassen und damit die ausdehnende Anwendung von § 14 KO abzulehnen.²³⁾ Sie erübrigt sich, soweit er das "zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners" betrifft, wegen § 15 KO (s.o. A II).

E. Ergebnis

Für die Aufrechnung gegen ein mit Konkursbeschlag belegtes Recht mit einer Forderung gegen den Gemeinschuldner gelten die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Diese erfahren, abgesehen von § 54 III KO, weder eine Erleichterung noch eine Beschränkung. Trotz abweichender Rangbestimmung unterliegt auch die Aufrechnung durch Massegläubiger dem Erfordernis des Erstrangs.

22) Vgl. RGZ 26, 66 (67); KO-Materialien (Motive) S. 74 Abs.II und (Protokolle) S. 527 a.E. bis S. 529; Böhle-Stamschräder zu § 14 Anm. 1; Herling S. 38 b; Jaeger-Lent zu § 14 Abs.I; Kohler LF S. 85 a.A.; Kunick § 8 I Abs.VIII; Lang § 18 Abs.IV; Mentzel-Kuhn zu § 14 Anm. 6; Schönke-Baur § 50 D II 2 Abs.II; Seuffert S. 185 Abs.III.

23) So RGZ 26, 66 (67); Böhle-Stamschräder zu § 14 Anm. 1; Hellmann SS. 192 a.E. und 193 Abs.I und II; Herling § 10; Jaeger-Lent zu § 14 Anm. 17 und zu § 53 Anm. 2 a.E.; Mentzel-Kuhn zu § 14 Anm. 6 a.E.; Seuffert § 38 Anm. 7; a.M. Kohler LF S. 85 Abs.II; Kunick § 8 I Abs.IX; Lang § 18 Abs.VI.

§ 21 Die Fälligkeit der Gegenforderung

Ü b e r s i c h t

A. Kritik	154
I. Die Begründung des Gesetzgebers	154
II. Im Schrifttum vertretene Begründungen	157
B. Korrektur	159
I. Die Notwendigkeit der Restriktion	159
II. Argumente für die Restriktion	160
C. Ergebnis	163

A. Kritik

I. Die Begründung des Gesetzgebers

Die Fälligkeit der Gegenforderung ist im Aufrechnungsrecht an zwei Stellen erheblich, und zwar einmal als Merkmal des Reifungstatbestandes (s.o. § 13 A), zum anderen als zweites Merkmal des Tatbestandes von §§ 392; 406; 1070 I (406); 1275 (406) BGB (s.o. § 3 C I 2, 3 nebst Verweisungen: s.o. §§ 4 C I; 5 B I a.A.; 6 a.E.).¹⁾ Hier interessiert nur letzteres Tatbestandsmerkmal.

1) Die Fälligkeit der Gegenforderung als zweites Merkmal des Tatbestandes von §§ 392 und 406 BGB wurde in das schweizerische Recht (vgl. Art. 169 Abs.II OblR-Schweiz), in das griechische Recht (vgl. Art. 463 Abs.II ZGB-Griechenland) und in allerjüngster Zeit noch in den neuen polnischen Kodeks Cywilny (vgl. Artt. 504 und 513 § 2) übernommen. Art. 504 ZGB-Polen lautet: "Die Beschlagnahme einer Forderung durch einen Dritten schließt die Tilgung dieser Forderung durch Aufrechnung nur dann aus, wenn der Schuldner erst nach Vollendung der Beschlagnahme Gläubiger seines Gläubigers wurde oder wenn seine Forderung nach diesem Zeitpunkt und zudem erst später als die beschlaggenommene Forderung fällig wurde" (eigene Übersetzung). Art. 513 § 2 ZGB-Polen drückt sich wie folgt aus: "Der Schuldner kann gegen die abgetretene Forderung mit einer Forderung aufrechnen, welche ihm gegen den Abtretenden zusteht, auch wenn sie erst nach Empfang der Abtretungsanzeige durch den Schuldner fällig wurde. Dies gilt jedoch nicht für den Fall, daß die Forderung gegen den Abtretenden später als die abgetretene Forderung fällig wurde" (eigene Übersetzung).

Es bewirkt, daß in dem zu oben § 3 C I 4 geschilderten Fall eine Aufrechnung ausgeschlossen ist. Mit dem Ausschluß verfolgte der Gesetzgeber den Zweck, zu "verhüten, daß sich der Schuldner durch Verzögerung der ihm obliegenden Leistung bis zur Fälligkeit der Gegenforderung das Recht zur Aufrechnung verschaffe."²⁾ Diese Begründung ist unhaltbar. Denn erstens ist es Sache des Hauptgläubigers, rechtzeitig im Wege der Klage und Zwangsvollstreckung vorzugehen (vgl. §§ 257-259 ZPO).³⁾ Zweitens vermag der Ausschluß der Aufrechnung die Leistungsverzögerung nicht zu verhindern, sondern nur einen möglichen Beweggrund für sie auszuschalten. Drittens hat der Hauptgläubiger infolge der Verzögerung meist einen Schadensersatzanspruch wegen Verzugs (vgl. § 286 I BGB). Viertens erscheint es unbillig, schon bei einem geringfügigen Unterschied in der Fälligkeit das Aufrechnungsrecht erlö-

2) So BGB-Protokolle 1. Bd. SS. 374 III und 391 VIII = Reatz S. 172 Anm. 6 und S. 180 Anm. 7. So ferner Blomeyer SchR § 43 V 4 b Abs. II a.E.; Börner Text zu Anm. 32; Planck-Siber zu § 392 Anm. 1 Abs. I und zu § 406 Anm. 1 a und 2 b; RGRK-BGB-Löschner zu § 406 Anm. 1 (so unter Berufung auf die BGB-Protokolle a.a.O.); Schollmeyer zu § 406 Anm. 2 a a.E. (vgl. hierzu v. Tuhr unten Anm. 5); Staudinger-Werner zu § 392 Anm. II 2 b Abs. I und zu § 406 Anm. II 2 Abs. III a.E.; Weismann SS. 38 Abs. III und 39 Abs. I; Wünschmann Abs. VIII a.E. - A.M. v. Tuhr DJZ S. 426 a.E. (s.u. Anm. 5 a.A.).

3) So schon die in der zweiten Kommission vertretene, aber unterlegene Gegenmeinung (BGB-Protokolle 1. Bd. SS. 374 III und 391 VIII = Reatz S. 172 Anm. 6 und S. 180 Anm. 7): "Entgegnet wurde, es sei Sache des Gläubigers, rechtzeitig, bevor die Gegenforderung zur Fälligkeit gelangt sei, vorzugehen; thue er dies nicht, so solle dem Schuldner die Deckung, welche die Aufrechnung ihm gewähre, durch die Beschlagnahme nicht entzogen werden." So auch v. Tuhr DJZ S. 426 a.E. (s.u. Anm. 5 a.E.). Vgl. ferner Lippmann S. 463 Abs. II a.A. und S. 464 Abs. I a.E.: "Ich glaube auch, daß die Bestimmung des § 406, wonach die Gegenforderung in dem Falle, daß sie später als die cedirte Forderung fällig geworden ist, zur Aufrechnung ungeeignet sein soll, durch den Prozeß und seine Einrichtungen jetzt praktisch wett gemacht werden kann. ... Und das Gleiche muß gelten, wenn in Gemäßheit der §§ 258, 259 der neuen C.P.O. Klage auf künftige Leistungen erhoben ist. Es liegt also meines Erachtens ein gewisser Eigensinn des materiellen Rechts und eine Widerhaarigkeit desselben gegen den hierin doch mächtigeren Prozeß vor, wenn es sich in solchen Fällen auf die Bestimmung des § 406 verknäufen will."

schen zu lassen.⁴⁾ Fünftens ist das Gesetz inkonsequent. Es erweckt den Eindruck, als sei die Verhütung der Leistungsverzögerung ein Spezialproblem der Aufrechnung gegen eine abgetretene oder belastete Forderung mit einer Forderung gegen den vor der Abtretung oder Belastung Berechtigten. In Wahrheit handelt es sich um ein Problem, das genauso gut ohne irgendeine Abtretung oder Belastung denkbar ist, das somit in die allgemeinen Vorschriften über die Aufrechnung gehört. In §§ 387 ff. BGB sucht man aber vergebens nach einer Bestimmung, die dem zweiten Tatbestandsmerkmal der eingangs angeführten Paragraphen entspricht.⁵⁾

4) So Lippmann S. 465 Abs.III: "Der § 406 B.G.B. ist meines Erachtens kein glücklicher Griff der Gesetzgebung. Der Laie wird darin ein neu aufgetauchtes Räthsel der Kompensationslehre sehen. Er wird es niemals sich erklären können, aus welchem Grunde denn, wenn überhaupt Aufrechnung zwischen Cessus und Cessionar im Prinzip zulässig ist, auf die im einzelnen Falle vielleicht nur minimale Differenz in der Fälligkeit der Forderungen ein Ausschlag gebender Werth nach der einen oder anderen Seite hat gelegt werden können. Ist doch eine Differenz der allgemeinen Regel des § 387 zufolge unbeachtlich auch zu Gunsten der später fällig gewordenen Forderung."

5) So Lippmann S. 465 Abs.III a.E. (s.o. Anm. 4 a.E.); v. Tuhr DJZ SS. 426 a.E. und 427 a.A.: "Irreführend ist m.E. die Begründung, welche zu § 406" von Schollmeyer (s.o. Anm. 2) "gegeben wird: Falls die Gegenforderung später als die abgetretene Forderung fällig wird, würde es gegen Treue und Glauben verstoßen, wenn der Schuldner die Zahlung der abgetretenen Forderung bis zur Fälligkeit seiner Gegenforderung hinauszögern wollte, nur um, anstatt zu zahlen, aufzurechnen!" In seiner Buchbesprechung übersieht v. Tuhr, daß die Begründung von Schollmeyer mit der Begründung des Gesetzgebers identisch ist, und fährt dann fort: "Daß ein solches Verhalten des Schuldners nicht contra bonam fidem ist, ergiebt sich ja daraus, daß er dem Cedenten gegenüber zweifellos dazu berechtigt gewesen wäre. Dem Cedenten wäre nichts übrig geblieben, als sich mit der Einklagung und Vollstreckung seiner Forderung zu beeilen. Da nun die Lage des Schuldners durch die ohne seine Beteiligung stattfindende Cession nicht verschlechtert werden soll, so ist nicht abzusehen, warum ihn ein sittlicher Vorwurf treffen soll, wenn er eine Aufrechnung, die dem Cedenten gegenüber zulässig gewesen wäre, gegen den Cessionar ausübt." Auch Wünschmann Abs.VIII a.E. erklärt: "Tritt eine Abtretung (oder Beschlagnahme) nicht dazwischen, so kann sich der Schuldner durch Verögerung seiner Erfüllung bis zur Fälligkeit seiner Forderung die Aufrechnungslage verschaffen."

II. Im Schrifttum vertretene Begründungen

Der Begründung des Gesetzgebers (s.o. I) hat das Schrifttum zwei weitere Begründungen hinzugefügt, die sich als ebensowenig stichhaltig erweisen. Einmal wird behauptet, der Ausschluß der Aufrechnung in dem zu oben § 3.C I 4 geschilderten Fall beruhe darauf, daß der Schuldner der Hauptforderung nie damit hätte rechnen dürfen, später einmal aufrechnen zu können.⁶⁾ Es stimmt, daß die Einziehung eines schon fälligen Hauptrechtes das noch nicht reife Aufrechnungsrecht in seinem Bestand bedroht (s.o. § 20 B I). Unterbleibt aber die Einziehung bis zum Zeitpunkt des Fälligwerdens der Gegenforderung (s.o. § 13 A), so tritt die Reife des Aufrechnungsrechtes trotz der vorangegangenen Bedrohung ein. Die Hoffnung hierauf ist also durchaus berechtigt. Der Gegenmeinung kann zudem vorgeworfen werden, sie entbehre der Folgerichtigkeit. Denn wenn die Hoffnung unberechtigt wäre, wäre sie es nicht nur bei Abtretung oder Belastung der Hauptforderung,

6) So RG HRR 1929, 1206: "Wenn die vor Erlangung der Kenntnis erworbene Gegenforderung erst nach Erlangung der Kenntnis fällig geworden ist, hätte der Schuldner zur Zeit der Erlangung der Kenntnis nicht aufrechnen können, aber er konnte darauf rechnen, daß er sich durch Aufrechnung befreien würde, wenn seine Gegenforderung vor der abgetretenen Forderung fällig wurde."; BGHZ 19, 153 (159); BGB-Protokolle 1. Bd. S. 374 III a.E.: Der beschlagnahmten Forderung stehe, wenn sie erst nach der Gegenforderung fällig werde, schon zur Zeit der Beschlagnahme die Tilgung durch Aufrechnung in Aussicht. Dies treffe aber nicht zu, wenn die Gegenforderung erst später fällig werde. Es handelt sich hier nicht um die eigentliche Begründung für den Zusatz zu §§ 286; 303 E I BGB (s.o. Anm. 2), sondern um eine Äußerung im Zusammenhang mit einem zurückgezogenen Unterantrag, der später bei Behandlung der Abtretung nicht mehr gestellt wurde. Auf vorstehender Erwägung beruht dagegen die Übernahme des Zusatzes (s.o. Anm. 1) in das schweizerische Recht, vgl. Oser-Schönenberger zu Art. 169 Anm. 10 und 11. — So ferner Fikentscher § 57 III B 3 b a.E.; Kohler ZZP § 11 Abs.II bis IV; Larenz § 30 IV 2 c; Palandt-Danckelmann zu § 406 Anm. 1 b; Planck-Siber zu § 392 Anm. 1 Abs.I und zu § 406 Anm. 1 a und 2 b; Staudinger-Werner zu § 392 Anm. II 2 b Abs.I und zu § 406 Anm. II 2 Abs.I a.E.; Weigelin § 8 Text zu Anm. 62; Weismann SS. 38 Abs.III und 39 Abs.I; Wünschmann Abs.VIII a.A.. Ebenso, nur in positiver Form (vgl. die obige Entscheidung des Reichsgerichts): Enneccerus-Lehmann § 80 I 4 c Abs.II; Kegel § 11 I Abs.I; F. Leonhard SchR § 341 Abs.III a.E.; RGK-BGB-Löschner zu § 406 Anm. 1 a.E.; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 406 Anm. 1 a.E..

sondern ganz allgemein (s.o. I a.E.).⁷⁾ Von anderer Seite wird der obige Ausschluß der Aufrechnung darauf zurückgeführt, daß der infolge der Abtretung oder Belastung Berechtigte geschützt werden solle, weil er die Gegenforderung nicht kenne.⁸⁾ Das bedeutet einen Verlust des Aufrechnungsrechtes oder seines Vor-rangs kraft guten Glaubens. Ein solcher Gutglaubensschutz findet jedoch, außer im Sachenrecht und Wertpapierrecht, mangels Rechts-scheins nicht statt (s.o. §§ 8 C; 12 A III; 17 B; 18 B II).⁹⁾

7) Vgl. v. Tuhr Obligationenrecht § 96 VI Abs. I a.E.: "Es ist mir aber zweifelhaft, ob der Gesetzgeber damit das Richtige getroffen hat. Denn wenn der Zedent mit der Geltendmachung seiner früher fälligen Forderung solange gezögert hätte, bis die Gegenforderung des Schuldners ebenfalls fällig geworden ist, so hätte der Schuldner kompensieren können. Warum soll es anders sein, wenn der Zessionar der fälligen Forderung solange wartet, bis die Fälligkeit der Gegenforderung des Schuldners eintritt? Wenn er seine Forderung nunmehr durch Verrechnung verlieren könnte, so hätte er sich das selbst zuzuschreiben." Ebenso Haudek II 1 a Abs. I. A. M. Kegel § 11 I Abs. I a.E. Die an dem schweizerischen Recht geübte Kritik besitzt auch für das deutsche Recht Gültigkeit. - Vgl. oben Anm. 5.

8) Vgl. v. Tuhr DJZ S. 427 a.A.: "M.E. ist § 406 als ein Mittelweg zu erklären, den der Gesetzgeber einschlägt zwischen dem Prinzip, daß der debitor cessus keinen Schaden leiden soll, und dem ebenso beachtlichen Interesse des Cessionars, der die Gegenforderung des Schuldners nicht kennt." Zustimmend Oertmann zu § 406 Anm. 1 Abs. I a.E..

9) Vgl. Koban IV. Abschnitt Abs. III: "Ja, der Kompensations-nexus enthält sogar auch dann keine Härte, wenn der neue Berechtig-te, als er die Forderung an sich brachte, bona fide war, d.h. die Möglichkeit der Aufrechnung nicht kannte. Beim Erwerbe obli-gatorischer Forderungen gibt es eben in der Regel keinen Schutz des guten Glaubens, ausgenommen nur den Fall des § 405 d. BGB. Der neue Gläubiger müßte stets auch ein, wenngleich ihm unbekann-tes Pfandrecht an der Forderung sowie jede andere Belastung gel-ten lassen. Eine derartige, vornehmlich einem Pfandrechte ähn-liche Beschränkung ist aber auch der Kompensationsnexus." Vgl. ferner Blomeyer Schr § 43 IV 3 Abs. V a.A.; Erman-Westermann zu § 405 Anm. 1 a.A.; Esser § 91, 7 Abs. I a.A.; Fikentscher § 57 III B 6; Palandt-Danckelmann zu § 405 Anm. 1 a.A.; RGRK-BGB-Löschner zu § 405 Anm. 1 a.A.; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 405 Anm. 1 a.A.; Staudinger-Werner zu § 405 Anm. I Abs. I a.A..

Ferner ist ein Gutgläubenserwerb durch Beschlagnahme unmöglich (vgl. die Worte "durch Rechtsgeschäft" in § 892 I 1 BGB), so daß das zweite Tatbestandsmerkmal von § 392 BGB unerklärt bliebe. Schließlich spricht gegen die zweite Begründung, daß sie auch auf die Fälle zu oben § 3 C I 2, 3 paßt.

B. Korrektur

I. Die Notwendigkeit der Restriktion

Es wurde nachgewiesen, daß die Begründung des Gesetzgebers unhaltbar ist und daß die im Schrifttum vertretenen Begründungen ebensowenig stichhaltig sind (s.o. A). Auch aus den für die Aufrechnung nach Übertragung oder Belastung gültigen Prinzipien ergab sich keine Rechtfertigung (s.o. §§ 3 bis 20). Mithin fehlt dem zweiten Tatbestandsmerkmal von §§ 392; 406; 1070 I (406); 1275 (406) BGB jeglicher Sinn und Zweck. Die Anwendung dieser Vorschriften muß daher auf das erste Tatbestandsmerkmal beschränkt werden. Daß es sich um eine Frage der beschränkenden Anwendung, der Restriktion, der abändernden Rechtsfindung,¹⁰⁾ nicht der Auslegung handelt, folgt nach der subjektiven Interpretationstheorie¹¹⁾ daraus, daß nicht der Ausdruck, sondern der Gedanke, nicht die Form, sondern der Inhalt des Gesetzes eine

10) Vgl. zum Begriff der Restriktion BGHZ 13, 360 (367): "Umfaßt die Verbotsvorschrift aber Fallgestaltungen, die ersichtlich nicht bedacht sind und vernünftigerweise nicht so geregelt werden können, wie es der Wortlaut nahelegt, wirkt sich vielmehr die Verbotsvorschrift bei wortgetreuer Befolgung gerade zu Lasten desjenigen aus, den sie schützen will, so darf dem Richter eine Einschränkung nicht verwehrt sein, wenn er dabei dem Erfordernis der Rechtssicherheit Rechnung trägt und durch die Einschränkung eine Rechtsfolge herbeiführt, die mit den Wertungen und Interessenabwägungen des geltenden Rechts in Einklang steht."; ferner BGHZ 4, 153 (157); Boehmer Grundlagen 2. B. 1. Abt. § 17 F IV; Enneccerus-Nipperdey § 59; Heck AcP § 15; Lehmann § 8 III 5; RGRK-BGB-Denecke Einleitung vor § 1 Anm. 20; Rümelin insbesondere SS. 290 bis 293; Soergel-Siebert-Hefermehl zu § 133 Anm. 34 a.E.; Staudinger-Brändl Einleitung vor § 1 Anm. 70; Stoll insbesondere SS. 183 bis 192; Windscheid-Kipp § 22; Wüstendörfer 2. Kapitel III B 7 d.

11) Für die subjektive Interpretationstheorie: RGZ 89, 187; 90, 52 (57); 96, 326 (327); 139, 110 (112); 166, 218 (228); BGHZ 2, 176 (184); 3, 82 (84); 13, 28 (30); Enneccerus-Nipperdey § 54 II; Geny Méthode Nr. 98; Heck AcP § 6; Lehmann § 8 II 2; Rümelin

Berichtigung erfährt.¹²⁾ Die völlige Sinnlosigkeit dessen, was die angeführten Paragraphen über die Fälligkeit der Gegenforderung bestimmen, räumt diejenigen Bedenken aus, die sich sonst gegen eine Restriktion aus dem Erfordernis der Rechtssicherheit ergeben.¹³⁾ Es ist zugegebenermaßen eine Seltenheit, daß einem Tatbestand oder einem Tatbestandsmerkmal jeglicher vernünftige Zweck fehlt. Meist ist zumindest ein gesunder Kern vorhanden, der von der Beschränkung verschont bleibt. Dann kommt es darauf an, sich mit der in ihm enthaltenen Interessenbewertung auseinanderzusetzen.¹⁴⁾ Das kann im vorliegenden Fall nicht geschehen, weil selbst der gesunde Kern fehlt. Hier kann eigentlich auch nicht mehr von einer "beschränkenden" Anwendung die Rede sein. Vielmehr wäre die Bezeichnung "Nicht"-anwendung angebracht.

II. Argumente für die Restriktion

Nunmehr soll untersucht werden, ob der Rechtsprechung und dem Schrifttum, dem Gesetz und seinen Materialien Argumente für die Restriktion (s.o. I) entnommen werden können. Auf den ersten Blick mag es scheinen, als sei der Gegenüberstellung von §§ 392; 1125 BGB mit §§ 406; 575 BGB ein Argument zu entnehmen. Denn der dem

insbesondere S. 272; Soergel-Siebert-Hefermehl zu § 133 Anm. 34 a.A.; Stoll SS. 161 bis 175. Dagegen für die objektive Auslegungstheorie: RGRK-BGB-Denecke Einleitung vor § 1 Anm. 16. Vermittelnd: Boehmer Grundlagen 2. B. 1. Abt. § 17 F IV Abs.II a.E.; Staudinger-Brändl Einleitung vor § 1 Anm. 55.

12) Vgl. BGHZ 13, 360 (367); Boehmer Grundlagen 2. B. 1. Abt. § 17 F IV Abs.I und II a.A.; Enneccerus-Nipperdey § 59 II; Heck AcP § 15, 7 und 12; Lehmann § 8 III 3 Abs.II und 5 Abs.I a.E.; Rümelin S. 291 Abs.I a.E.; Staudinger-Brändl Einleitung vor § 1 Anm. 70 (vgl. ferner Anm. 61); Windscheid-Kipp § 22.

13) Über Restriktion und Rechtssicherheit vgl. BGHZ 13, 360 (367); Enneccerus-Nipperdey § 59 I Abs.III; Heck AcP § 15, 5; Lehmann § 8 III 5 Abs.II a.E.; RGRK-BGB-Denecke Einleitung vor § 1 Anm. 20; Rümelin S. 291 Abs.II; Staudinger-Brändl Einleitung vor § 1 Anm. 70.

14) Über Restriktion und Interessenbewertung vgl. BGHZ 4, 153 (158); 13, 360 (367); Boehmer Grundlagen 2. B. 1. Abt. § 17 F IV Abs.II a.A.; Enneccerus-Nipperdey § 59 Anm. 2; Heck AcP § 15, 4; Lehmann § 8 III 5 Abs.I a.A.; RGRK-BGB-Denecke Einleitung vor § 1 Anm. 20; Rümelin S. 291 Abs.I a.A.; Staudinger-Brändl Einleitung vor § 1 Anm. 70.

§ 575 BGB entsprechende § 1125 BGB wiederholt nicht das zweite Tatbestandsmerkmal von §§ 392; 406 BGB. Daß aber die Wiederholung in § 575 BGB überflüssig ist, wurde bereits zu oben § 3 D III nachgewiesen. Zweitens kommen §§ 53; 55, 1, 2 KO in Betracht, die nichts in Bezug auf die Fälligkeit der Gegenforderung aussagen (s.o. § 7 C II 1). Dies spricht in der Tat für die Restriktion, allerdings nur insoweit, als es sich um eine aufschiebend bedingte Gegenforderung handelt (s.o. § 20 B I). Ist nämlich die Gegenforderung eine betagte Konkursforderung oder eine solche, die nicht auf einen Geldbetrag lautet (s.o. § 20 B II), so kann der zu oben § 3 C I 4 geschilderte Fall überhaupt nicht eintreten.¹⁵⁾ Drittens lassen sich die Gesetzesmaterialien zugunsten der Restriktion heranziehen. Einmal fehlt das zweite Tatbestandsmerkmal von §§ 392; 406; 1070 I (406); 1275 (406) BGB noch im ersten Entwurf,¹⁶⁾ und zwar mit voller Absicht, wie die Motive zeigen.¹⁷⁾ Zum anderen wurde der spätere Zusatz schon in den Beratungen der zweiten Kommission, wenn auch

15) So Kunick § 4 III 2 b cc; vgl. ferner Blomeyer SchR § 40 IV 2 b; Börner C II b Abs.I; Kohler ZZP § 12 Abs.VII.

16) Vgl. § 286 E I BGB: "Ist eine Forderung mit Beschlag belegt, so kann der Schuldner derselben zum Nachtheil desjenigen, für welchen die Beschlagnahme erfolgt ist, nicht mit einer Gegenforderung aufrechnen, welche er erst nach der Beschlagnahme erworben hat." und § 303 E I BGB: "Der Schuldner kann eine Gegenforderung, welche ihm gegen den bisherigen Gläubiger zusteht, gegenüber dem neuen Gläubiger zur Aufrechnung bringen, wenn sie ihm bereits zu der Zeit zustand, in welcher er von der Übertragung Kenntniß erhalten hat." Ähnlich das neue Zivilgesetzbuch der Ungarischen Volksrepublik (§ 329 Abs.III): "Der Verpflichtete kann dem Erwerber die Einwendungen entgegensetzen und auch die Gegenforderungen aufrechnen, die gegen den Abtretenden auf einem zur Zeit der Verständigung schon bestanden Rechtsgrund entstanden sind." Vgl. ferner unten § 25 Anm. 2 bis 4.

17) Vgl. BGB-Motive 2. Bd. S. 132 Text zu Anm. 1: "... Die Aufrechnungsbefugnis ist hiernach nicht dadurch bedingt, daß die betreffende Gegenforderung des Schuldners zur Zeit, da er von der Übertragung Kenntniß erhielt, schon fällig war, auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie später als die übertragene Forderung fällig wurde. Dieser Standpunkt entspricht dem hier vorzugsweise Berücksichtigung verdienenden Interesse des Schuldners."

ohne Erfolg, bekämpft.¹⁸⁾ Viertens sind in Rechtsprechung und Schrifttum zaghafte Ansätze zur Restriktion zu beobachten: Sie wird auf Forderungen aus demselben gegenseitigen Vertragsverhältnis beschränkt.¹⁹⁾ Diese Ansätze sind heute überholt. Denn die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch gegen eine abgetretene Forderung aus demselben gegenseitigen Vertrag erweist sich nach der Differenztheorie als bloße Anrechnung, die zur Anwendung von § 404 BGB führt.²⁰⁾ Diese Umgehung von § 406 BGB kommt im Ergebnis seiner Restriktion gleich.²¹⁾

18) Vgl. BGE-Protokolle 1. Bd. SS. 374 III und 391 VIII = Reatz S. 172 Anm. 6 und S. 180 Anm. 7 (s.o. Anm. 3).

19) So OLG Breslau 12, 47 (49); Dresden 16, 375 (376 Abs.I a.E.); Simonson insbesondere Abs.IV a.E., VI a.E. und VII a.E.; Warneyer-Buchwald zu § 406 Text zu Anm. 5. Die sich allein auf den Wortlaut und die Materialien des Gesetzes stützende Begründung vermochte jedoch nicht zu überzeugen: Vgl. Eccius insbesondere Abs.II a.A. und IV a.E., der aber andeutet, daß Simonsons Ausführungen "eine wahre Rechtsempfindung zugrunde liegt" (Abs. II a.E.); Oertmann zu § 406 Anm. 2 Abs.II; Planck-Siber zu § 406 Anm. 2 Abs.II; Planck-Siber zu § 406 Anm. 2 b Abs.V; Staudinger-Werner zu § 406 Anm. II 2 Abs.II (im Gegensatz zur Voraufgabe); Traumann insbesondere S. 797 Abs.II, der meint, es bedürfe in dem von ihm behandelten Fall (Aufrechnung gegen die Werklohnforderung mit dem Aufwendungsersatzanspruch aus § 633 III BGB) nicht der von Simonson vorgeschlagenen "gewaltsamen Auslegung des Gesetzwortlauts, um zu einem dem Schutzinteresse des Schuldners gegenüber gerecht werdenden Ergebnis zu kommen." (S. 797 Abs.VI); Wünschmann insbesondere Abs.II a.E. bis IV, der zugibt, daß, wer die "Begriffsjurisprudenz" verwerfe, Simonson zustimmen müsse (Abs.II a.A.).

20) So RGZ 83, 279 (280 bis 283); RG JW 1936, 177¹ (178) mit zustimmender Anmerkung von Hennicke; LZ 1914, 1115⁹ = Warn Rsrp 1914 Nr. 329; Recht 1929 Nr. 488; BGH JZ 1962, 92; LM zu § 326 BGB Ea Nr. 3 III 2 = NJW 1958, 1915¹ mit zustimmender Anmerkung von S. Braga MDR 1959, 437; KG OLG 14, 19 (20); Blomeyer SchrS § 40 I 1 Abs.VI und § 43 IV 4 a; Enneccerus-Lehmann § 79 Anm. 4 und Text dazu; Erman-Westermann zu § 404 Anm. 3; Esser § 89, 3 d a.E.; Palandt-Danckelmann zu § 404 Anm. 1 b a.E. und zu § 406 Anm. 1 b a.E.; Planck-Siber zu § 404 Anm. 1 Abs.I und b Abs.I; RGK-BGB-Löcher vor § 387 Anm. 24, zu § 404 Anm. 5 Abs.II und zu § 406 Anm. 7 Abs.II; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 404 Anm. 4 und zu § 406 Anm. 3; Staudinger-Werner zu § 404 Anm. I 1 Abs.I a.E. und Anm. II Abs.I a.E.; Warneyer-Buchwald zu § 404 Anm. I Abs.II und Anm. II Abs.II.

21) Dennoch macht sich das Fehlen der Restriktion bemerkbar, und zwar dann, wenn mangels eines gegenseitigen Vertrags die Differenztheorie nicht eingreift. So hätte BGHZ 19, 153 (160) = BGH JZ 1956, 280 mit zustimmender Anmerkung von Harry Westermann aufgrund der vorliegenden Untersuchung gegenteilig entschieden

C. Ergebnis

Das zweite Tatbestandsmerkmal von §§ 392; 406; 1070 I (406); 1275 (406) BGB, das in positiver Fassung mit "und" und in negativer Fassung mit "oder" beginnt, ist im Wege der Restriktion zu beseitigen. Die Fälligkeit der Gegenforderung stellt ein vom Gesetzgeber künstlich geschaffenes Problem dar. Deshalb bereitet seine Einordnung in die Gliederung Schwierigkeiten. Es handelt sich weder um ein Kernproblem noch um ein Randproblem, das sich aus dem Zusammentreffen des Aufrechnungsrechtes mit einem anderen Rechtsgebiet ergibt (s.o. § 2 A V).

werden müssen: Die abgetretene Hauptforderung war hier eine Kaufpreisforderung (Damenstrümpfe), während die später fällige Gegenforderung aus der Verletzung einer mietvertraglichen Vereinbarung (Turnhalle) entstand. Vgl. ferner diejenigen Fälle, in denen mit dem Kostenerstattungsanspruch aus dem Prozeß über die abgetretene Hauptforderung aufgerechnet wird: RG HRR 1929, 1206; JW 1907, 742⁸ = Warn Rspr 1908 Nr. 28; OLG Celle JZ 1960, 489; Frankfurt JZ 1958, 404 mit ablehnender Anmerkung von Arwed Blomeyer; KG KGBl 1915, 104; Enneccerus-Lehmann § 80 I 4 c Abs.I; Erman-Westermann zu § 406 Anm. 2 Abs.III; Palandt-Danckelmann zu § 406 Anm. 1 b a.E.; RGRK-BGB-Löcher zu § 406 Anm. 4 Abs.III; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 406 Anm. 2; Staudinger-Werner zu § 406 Anm. 1 a a.E.; Warneyer-Buchwald zu § 406 Text zu Anm. 4. Ansätze zur Restriktion gibt es jedoch auch hier: Vgl. OLG Bamberg LZ 1915, 1338¹⁴ = SeuffA 70 Nr. 145 (S. 266); Breslau HRR 1937, 234.

§ 22 2. Abschnitt: Die Aufrechnung mit einer Forderung gegen
den infolge der Übertragung oder Belastung Berechtigten

Ü b e r s i c h t

A. Die Begründung des Aufrechnungsrechtes	164
B. Der Gutgläubenserwerb des Aufrechnungsrechtes	165
C. Ergebnis	167

A. Die Begründung des Aufrechnungsrechtes

Das Aufrechnungsrecht wird begründet durch den Eintritt der Gegenseitigkeit zwischen Hauptrecht und Gegenforderung. Ist das Hauptrecht ein Verwertungsrecht, so liegt Gegenseitigkeit vor, wenn dem Gegengläubiger ein Recht oder Besitz an dem Verwertungsgegenstand zusteht. Dieser zu oben § 9 A I 2 entwickelte Rechtsatz gilt auch für die Aufrechnung gegen ein übertragenes oder belastetes Recht mit einer Forderung gegen den infolge der Übertragung oder Belastung Berechtigten. Im Falle der Übertragung wird demnach ein Aufrechnungsrecht neu begründet, während die Neubegründung im Falle der Belastung mangels Gegenseitigkeit unterbleibt. Ist aber der aus der Belastung Berechtigte zur alleinigen Einziehung mit der Wirkung befugt, Eigentümer der eingezogenen Sachen zu werden (vgl. insbesondere §§ 1074, 1; 1075 II; 1282 I; 1288 II BGB; 835 I ZPO), so handelt es sich nur noch dem Namen nach um eine Belastung. Praktisch stellt diese Belastung schon eine Übertragung dar (s.o. § 15 A II). Daher ist auch hier die Neubegründung eines Aufrechnungsrechtes anzunehmen. Daß praktisch eine Belastung zur Übertragung oder, was dasselbe ist, ein beschränktes dingliches Recht zum Eigentum im weiteren Sinne (s.o. § 8 B II 1 a.A.) werden kann, ergibt sich daraus, daß jede Belastung als Abspaltung von Einzelbefugnissen

wesensmäßig dem belasteten Recht gleicht:¹⁾ Je mehr der Umfang der abgespaltenen Befugnisse zunimmt, desto mehr nähert sich das beschränkte dingliche Recht dem Eigentum im weiteren Sinne. Nach dem Vorstehenden erweist sich bei der Aufrechnung durch Massegläubiger die der Konkursgemeinschaft obliegende Masseschuld im weiteren Sinne als Gegenforderung (s.o. § 20 C) und das ihr zustehende Konkursverwertungsrecht als Hauptrecht (s.o. § 20 A I).²⁾ Auf Rechtsprechung und Schrifttum soll erst zu unten § 24 im Zusammenhang eingegangen werden.

B. Der Gutglaubenserwerb des Aufrechnungsrechtes

Wird das Aufrechnungsrecht gutgläubig erworben, so tritt in seinem Entstehungstatbestand an die Stelle der wirklichen eine vermeintliche Gegenseitigkeit. Sie gibt, wie bereits zu oben § 16 A I dargelegt wurde, für die Gliederung den Ausschlag. Folglich kommen hier allein diejenigen Fälle in Betracht, in denen es aus der Sicht des Erwerbers den Anschein hat, als sei ein Aufrechnungsrecht in der zu oben A geschilderten Weise begründet worden. Das Gesetz beschränkt den Gutglaubenserwerb des Aufrechnungsrechtes auf § 406 BGB, dessen Wortlaut nur den Fall des § 407 BGB deckt. Es wurde jedoch schon zu oben § 17 A I nachgewiesen, daß die in § 406 BGB enthaltene Gleichstellung einer ausdehnenden Anwendung auf alle vergleichbaren Gutglaubenstatbestände fähig ist: In Ansehung des Gutglaubenserwerbs des Aufrechnungsrechtes steht seine Begründung einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über das Hauptrecht gegenüber dem Schuldner oder dem

1) Vgl. Baur § 60 I, insbesondere 2 Abs.IV; Dulckeit IV 3 c, insbesondere S. 56; Eichler 2. Bd. S. 576 Text zu Anm. 38; Ennecerus-Nipperdey § 77 I 5; J. v. Gierke SR § 52 V 1 Abs.I und § 63 I Abs.I; Heck SR § 120, insbesondere Nr. 3; Krückmann AcP SS 8 und 9; Larenz § 29 I 2 und 3 Abs.I; Planck-Brodmann vor § 1068 Anm. 1 Abs.I a.E. und Planck-Flad vor § 1273 Anm. 1 Abs.I; Soergel-Siebert-Mühl zu § 1068 Anm. 1; Staudinger-Spreng vor § 1068 Anm. 3 Abs.I und vor § 1273 Anm. 3 Abs.I; v. Tuhr AT § 6 VI 1; Westermann § 136 I 2 Abs.III; Windscheid-Kipp § 48a, 3; Wolff-Raiser § 120 I Abs.II und § 175 I Abs.II.

2) So Kunick § 13 III und Weigelin S. 99 a.

Ablösungsberechtigten gleich. Die Gleichstellung ist also auch anwendbar auf § 408; 409 I; 1070 I (408; 409 I); 1275 (409 I 1; 1280) BGB; 836 II ZPO (s.o. § 16 A I, B), weiterhin auf § 893 BGB (s.o. § 17 A I, II 1 b, III) und schließlich auf §§ 793 I 2; 797, 2 BGB; Art. 40 III WG (s.o. § 18 B I).³⁾ Namentlich bei § 408 BGB herrscht Streit über den Gutglaubenserwerb des Aufrechnungsrechtes.⁴⁾ Allerdings wird er selbst von der ablehnenden Meinung, die sich an den Wortlaut des Gesetzes klammert, anerkannt, sofern die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem Dritten erfolgt (s.o. § 16 B).⁵⁾ Der Gutglaubenserwerb gemäß § 893 BGB interessiert hier lediglich insoweit, als er auf eine Unrichtigkeit des Grundbuchs zurückzuführen ist, die ihren Grund darin hat, daß die eingetragene Bestellung oder Übertragung eines Grundpfandrechtes oder einer Reallast nicht eingetreten ist (s.o. § 17 A I).⁶⁾ Die An-

3) Für Gutglaubenserwerb des Aufrechnungsrechtes nach § 409 I BGB: Enneccerus-Lehmann § 80 II 1 e; Erman-Westermann zu § 409 Anm. 1; Oertmann zu § 409 Anm. 3 Abs.II; Planck-Siber zu § 409 Anm. 3 Abs.I (im Gegensatz zur Voraufgabe); RGRK-BGB-Löcher zu § 387 Anm. 12 und zu § 409 Anm. 4 Abs.II; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 409 Anm. 6 a.E.; Staudinger-Werner zu § 409 Anm. 4 Abs.I a.A.; Warneyer-Buchwald zu § 409 Text zu Anm. 22.

4) Für Gutglaubenserwerb des Aufrechnungsrechtes nach § 408 BGB: Enneccerus-Lehmann § 80 Anm. 6; Erman-Westermann zu § 408 Abs.I a.E.; Kreß S. 513 Abs.II; F. Leonhard SchR § 341 Abs.III Text zu Anm. 67; Palandt-Danckelmann zu § 408 Anm. 1 a.E.; Planck-Siber zu § 408 Anm. 1 b (im Gegensatz zur Voraufgabe); Ramdohr § 5 Abs.VI a.E.; RGRK-BGB-Löcher zu § 387 Anm. 12 und zu § 408 Anm. 1 Abs.III; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 408 Anm. 1; Warneyer-Buchwald zu § 408 Text zu Anm. 2. - Ablehnend: BGB-Protokolle 1. Bd. SS. 393 und 394 XI; Esser § 91, 4 e; Oertmann zu § 408 Anm. 1 Abs.II; Schollmeyer zu § 408 Anm. 1 Abs.II; Siber § 12 I 4 Abs.I a.E.; Staudinger-Werner zu § 408 Anm. III 3; Weigelin § 8 Text zu Anm. 66.

5) So Oertmann zu § 408 Anm. 1 Abs.II; Staudinger-Werner zu § 408 Anm. III 3; Weigelin § 8 Text zu Anm. 65. - A.M. Siber § 12 I 4 Abs.I a.E..

6) Vgl. die entsprechenden Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Erbscheins (§ 2367 BGB), des Testamentsvollstreckerszeugnisses (§ 2368 III BGB) und der Todeserklärung (§ 2370 I BGB). Für Gutglaubenserwerb des Aufrechnungsrechtes in diesen Fällen: Erman-Westermann zu § 387 Anm. 1 Abs.I a.E.; Heck SchR § 61a, 2 b; RGRK-BGB-Löcher zu § 387 Anm. 12.

wendung von § 893 BGB auf übertragungsgleiche Belastungen (s.o. A) stößt auf Bedenken, weil insbesondere das Pfandrecht an Grundpfandrechten nicht nach Liegenschaftsrecht lebt (s.o. § 17 A II 2 a.E.).⁷⁾ Andererseits dürfte § 893 BGB auf den Schuldner der Hypothekenforderung anwendbar sein.⁸⁾ Es muß zwar vermieden werden, daß er durch die Hypothekenbestellung benachteiligt wird. Einer Begünstigung steht aber nichts entgegen (s.o. § 17 A II 1 a, B II 1 b).

C. Ergebnis

Als Ergebnis ist somit folgendes festzuhalten: "Ist eine Forderung mit einem Nutzungs- oder einem Verwertungsrecht belastet, das seinen Inhaber zu ihrer alleinigen Einziehung mit der Wirkung berechtigt, Eigentümer der eingezogenen Sachen zu werden, so steht in Ansehung der Aufrechnung der Inhaber des Nutzungs- oder des Verwertungsrechtes dem Gläubiger gleich. Entsprechendes gilt für das Nutzungs- und das Verwertungsrecht an einem Verwertungsrecht."

7) Vgl. Staudinger-Spreng zu § 1274 Anm. 17 Abs.II, wo die Anwendung von § 892 BGB auf die Übertragung von Pfandrechten an Grundpfandrechten als "zweifelhaft" bezeichnet wird. Planck-Flad zu § 1273 Anm. 2 r Abs.I tritt dagegen ohne Bedenken für die Anwendung von §§ 892; 893 BGB ein, während Biermann zu § 1273 Anm. 2 e a.E. folgende Einschränkung macht: "Selbstverständlich nimmt die Pfandforderung an dem öffentlichen Glauben des Grundbuches (§§ 892, 893) nicht teil." Zu letzterem vgl. oben § 17 Anm. 13.

8) S.o. § 17 Anm. 18 und Text dazu.

II. TEIL: DIE AUFRECHNUNG MIT EINER ABGETRETENEN ODER BELASTETEN FORDERUNG

§ 23 1. Abschnitt: Die Aufrechnung gegen ein Recht gegen den vor der Abtretung oder Belastung Berechtigten

Ü b e r s i c h t

A. Allgemeines	168
I. Die Akzessorietät des Aufrechnungsrechtes	168
II. Die Ausübung des Aufrechnungsrechtes	170
III. Die Wirkung der Aufrechnung	171
B. Die Erfüllung durch Dritte	173
C. Die Abtretung des Befreiungsanspruchs	174
D. Ergebnis	175

A. Allgemeines

I. Die Akzessorietät des Aufrechnungsrechtes

Das Aufrechnungsrecht ist zu der Gegenforderung akzessorisch (s.o. § 8 B I 1, II, 1, III).¹⁾ Es teilt infolgedessen ihr rechtliches Schicksal, wird gleichzeitig mit ihr übertragen oder belastet (s.o. § 9 B I). Zwar könnte in der Abtretung oder Belastung der Gegenforderung ein stillschweigender Verzicht auf das Aufrechnungsrecht liegen.²⁾ Er brächte aber dem vor der Abtretung oder Belastung Berechtigten keinerlei Vorteil. Mithin ist ein Verzichtswille unwahrscheinlich. Das Interesse des infolge der Abtretung oder Belastung Berechtigten richtet sich meist auf

1) So Lang § 9 III 2 Abs.I und Weigelin § 4 Text zu Anm. 36. Lang § 9 III 3 a und Weigelin § 18, 3 Abs.I a.A. nehmen aber an, daß das Aufrechnungsrecht durch Abtretung der Gegenforderung erlösche. Ebenso Herling § 8, 2 Abs.I a.E., der das Aufrechnungsrecht als "Nebenrecht" ansieht, für das § 401 I BGB nicht gelte. Dagegen tritt nach Hirsch SS. 423 a.E. und 424 a.A. das Aufrechnungsrecht im Gegensatz zum "Pfandrecht an eigener Schuld" bei Abtretung oder Belastung "nicht als Sicherungsakzessorium ständig neben die Forderung." Es bestehe nur, solange die Gegenseitigkeit dauere. Dies wird jedoch schon durch § 406 BGB widerlegt. Wie Hirsch bekämpft auch Oertmann AcP S. 416 Text zu Anm. 75 die Akzessorietät des Aufrechnungsrechtes.

2) Gegen die Annahme eines Verzichtes: RGZ 51, 394 (398); Mentzel-Kuhn zu § 55 Anm. 10 a.A..

die Gegenforderung. Sein neuerworbenes Recht an dieser würde er durch eine Aufrechnung wieder verlieren (s.u. III). Für ihn ist daher in der Regel das an die Gegenforderung angelehnte Aufrechnungsrecht ohne Wert. So erhebt sich die Frage, ob überhaupt Fälle denkbar sind, in denen die Akzessorietät des Aufrechnungsrechtes praktische Bedeutung erlangt.³⁾ Ein solcher Fall hat die Rechtsprechung im Konkurs der Leipziger Bank AG beschäftigt: St, ein Konkursgläubiger, dem ein ausübbares Aufrechnungsrecht zustand, trat seine Konkursforderung sicherungshalber an W ab, erwarb sie später zurück und erklärte dann die Aufrechnung. Sowohl das Oberlandesgericht Dresden (OLG 4, 171) als auch das Reichsgericht (RGZ 51, 394) erkannten die Aufrechnung als wirksam an.⁴⁾ Die Richtigkeit der Entscheidung ergibt sich ohne weiteres aus der Akzessorietät des Aufrechnungsrechtes. Aus ihr läßt sich ferner entnehmen, daß nicht anders zu entscheiden gewesen wäre, wenn der Rückerwerb entweder nicht aufgrund eines Sicherungsvertrages oder gar nicht stattgefunden hätte.⁵⁾ Selbst wenn die Ge-

3) Vgl. die vom Standpunkt der Konkursgemeinschaftstheorie (s.o. § 20 A I) aus betrachtete Aufrechnung durch den Konkursverwalter, an der insofern ein Interesse besteht, als durch sie die Konkursforderung des ebenfalls aufrechnungsberechtigten Aufrechnungsgegners auf den Ausfallbetrag beschränkt werden kann, wobei allerdings Voraussetzung ist, daß eine ausdehnende Anwendung von § 64 KO auf die Aufrechnung unterbleibt: RGZ 26, 110 (116); BGH NJW 1960, 1295⁵⁾ (1296 b); de Boor-Erkel § 29 I 2 a.E.; Jaeger-Lent zu § 53 Anm. 14 Abs.I, Anm. 30a und Anm. 33; Schönke-Baur § 51 E I 2 Abs.II a.E..

4) Ebenso Böhle-Stamschräder zu § 55 Anm. 4 Abs.I; Gogos SS. 41 bis 46; Herling § 8, 2 Abs.II; Hilker § 9 Abs.II; Jaeger-Lent zu § 55 Anm. 9 Abs.II; Kohler LF § 14 I Abs.II Anm. 1; Mentzel-Kuhn zu § 55 Anm. 10 a.A.; Staudinger-Werner zu § 392 Anm. III 2 b Abs.II. - A.M. Lang § 38 III b Abs.V bis XI und Weigelin § 18, 3 Abs.I a.E..

5) A.M. das Schrifttum, das sich auch in den Einzelheiten an das Vorbild des obigen Falles hält: Vgl. Böhle-Stamschräder zu § 55 Anm. 4 Abs.I; Gogos SS. 41 bis 46; Herling § 8, 2 Abs.II; Hilker § 9 Abs.II; Jaeger-Lent zu § 55 Anm. 9 Abs.II; Mentzel-Kuhn zu § 55 Anm. 10 a.A.; Staudinger-Werner zu § 392 Anm. III 2 b Abs.II.

genforderung vor Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Hauptberechtigten an W abgetreten worden wäre, würde sich im Ergebnis nichts ändern, weil der Erstrang des Aufrechnungsrechtes erhalten bliebe (s.o. § 20 A I).⁶⁾

II. Die Ausübung des Aufrechnungsrechtes

Aus der Akzessorietät des Aufrechnungsrechtes (s.o. I) folgt, daß seine Ausübung dem zur Einziehung der Gegenforderung Befugten zusteht. Nach ihrer Abtretung ist dies der neue Gegengläubiger, nach ihrer Belastung entweder der beschränkt Berechtigte allein (vgl. insbesondere §§ 1074, 1; 1282 I 1 BGB; 835 I ZPO) oder in Gemeinschaft mit dem Gegengläubiger (vgl. insbesondere §§ 1077 I 1; 1281, 1 BGB). Zur Einziehung der Gegenforderung sind nach Abtretungsrecht auch der bisherige Gläubiger (vgl. § 407 I BGB), der Dritte im Sinne von § 408 BGB und der durch eine Abtretungsurkunde oder -anzeige Legitimierte (vgl. § 409 I BGB) befugt.⁷⁾ Die angeführten Personen können demnach bei Gutgläubigkeit des Aufrechnungsgegners rechtswirksam aufrechnen.⁸⁾ In §§ 407; 408 BGB liegt Gutgläubigkeit nur bei Unkenntnis vor,

6) A.M. BGH BB 1957, 130 Nr. 261 = LM zu § 419 BGB Nr. 8 III unter Zustimmung von Böhle-Stamschräder zu, § 55 Anm. 3 a.A.E. und Mentzel-Kuhn zu § 55 Anm. 5 a.A.. In dem von dem Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatte der Gegengläubiger seine Forderung vor Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Hauptgläubigers abgetreten. Nach der Konkurseröffnung wurde der neue Gläubiger der Gegenforderung durch kumulativen Schuldübergang gemäß § 419 I BGB Schuldner der Hauptforderung. Seine Aufrechnung hielt der Bundesgerichtshof aufgrund von § 55, 1 KO für unzulässig. Dem ist entgegenzuhalten, daß das Aufrechnungsrecht infolge der Abtretung nicht untergeht, sondern wegen seiner Akzessorietät auf den neuen Gläubiger mit der Gegenforderung übergeht. Es genießt Vorrang vor dem jüngeren Konkursbeschlagnahme, gleichgültig, ob die Beschlagnahme vor oder nach der Abtretung erfolgt. Durch den kumulativen Schuldübergang tritt neben die Hauptforderung eine inhaltsgleiche Forderung gegen den neuen Gegengläubiger: Diese ist sowohl mit dem Konkursverwertungsrecht als auch mit dem vorrangigen Aufrechnungsrecht belastet. Somit schließt der Schuldübergang die Aufrechnung nicht aus.

7) S.o. § 16 Anm. 10.

8) Für Aufrechnung durch den bisherigen Gegengläubiger nach § 407 I BGB: BGB-Motive 2. Bd. S. 133; Erman-Westermann zu § 407 Anm. 2; Planck-Siber zu § 406 Anm. 2 e und zu § 407 Anm. 1 b; RGRK-BGB-Löschner zu § 407 Anm. 2 Abs. I und II; Schollmeyer zu § 407 Anm. 1 b; Warneyer-Buchwald zu § 406 Text zu Anm. 10 und zu

in § 409 I BGB dagegen schon bei nichtarglistiger Kenntnis.⁹⁾ Das gilt nach § 1070 I BGB für die Belastung der Gegenforderung mit einem Nießbrauch entsprechend. Für die Verpfändung (vgl. § 1275 BGB) kommen die §§ 407 I; 408 BGB wegen der Verpfändungsanzeige (vgl. § 1280 BGB) nicht in Betracht (s.o. § 16 A II). Indessen ist § 409 I 1 BGB auf sie anwendbar. Einen dieser Vorschrift ähnlichen Zweck verfolgt § 836 II ZPO.¹⁰⁾ Im Liegenschaftsrecht (s.o. § 17 C) und im Recht der Wertpapiere öffentlichen Glaubens (s.o. § 18 B III) ist der durch den Rechtsschein legitimierte Nichtberechtigte zur Einziehung der Gegenforderung und damit zur Ausübung des Aufrechnungsrechtes befugt. Greift der gute Glaube des Aufrechnungsgegners ein, so ändert sich dennoch nichts an der Aufrechnungswirkung (s.o. § 16 B a.E.).

III. Die Wirkung der Aufrechnung

Wie schon zu oben § 8 B a.A. nachgewiesen wurde, besteht die Wirkung der Aufrechnung darin, daß im Austausch das Hauptrecht auf den Gegengläubiger und die Gegenforderung auf den Hauptberechtigten übergeht. Allerdings wurde oben vorausgesetzt, daß weder eine Übertragung noch eine Belastung vorliegt. Hier soll nun geprüft werden, ob und welchen Einfluß die Abtretung oder Belastung der Gegenforderung auf die Aufrechnungswirkung ausübt. Die Übertragung oder Belastung des Hauptrechtes ist bereits zu oben § 15 A I untersucht worden. Die Verwertungsrechtstheorie (s.o. §§ 8 B I; 11 B) gestattet die §§ 1282 I; 1288 II; 1291 BGB; 835 ff.; 857 VI ZPO analog anzuwenden. Das heißt, daß infolge der Aufrechnung das Hauptrecht als Verwertungsgegenstand dem neuen Gegengläubiger als Verwertungsberechtigtem verfällt (s.o. §§ 14 A; 15 A II). Im Falle einer Belastung der Gegenforderung tritt Surrogation ein (vgl. insbesondere §§ 1075 I; 1287 BGB; 848 II 2 ZPO): Hier bewirkt die Auf-

§ 407 Anm. I Abs.II; Weigelin § 8 I 1 f Abs.IV; Windscheid-Kipp § 331, 1. - A.M. F. Leonhard BürgA § 10, 3 und Siber § 12 I 4 Abs.I a.A..

9) S.o. § 16 Anm. 12.

10) S.o. § 16 Anm. 13.

rechnung den Übergang der Belastung auf das Hauptrecht. Die Erwerbsrechtstheorie (s.o. §§ 8 B II; 11 C) ergibt, daß infolge der Aufrechnung das Hauptrecht von dem jeweils Erwerbsberechtigten, nach Abtretung also von dem neuen Gegengläubiger, erworben wird. Sind Gegenforderung und Erwerbsrecht belastet, so erwirbt der Gegengläubiger das Hauptrecht und der Inhaber des beschränkten dinglichen Rechtes eine gleichartige Belastung an dem Hauptrecht. Somit hat die Abtretung oder Belastung der Gegenforderung keinen Einfluß auf die Austauschwirkung der Aufrechnung. Der Wortlaut von § 389 BGB spricht nur scheinbar gegen dieses Ergebnis, weil er wie §§ 387; 388 BGB lediglich den Normalfall im Auge hat, daß es sich bei den an der Aufrechnung beteiligten Rechten um weder abgetretene noch belastete Forderungen handelt (s.o. §§ 8 B a.A.; 10 B II a.E.; 14 C a.A.).¹¹⁾

B. Die Erfüllung durch Dritte

Die "Dritterfüllung", d.h. die Bewirkung der dem Schuldner obliegenden Leistung durch einen Dritten, ist namentlich in § 267 BGB geregelt. In diesem Paragraphen fehlt eine dem § 268 II BGB entsprechende Vorschrift. Das legt den Umkehrschluß nahe,

11) Vorstehende Wirkung der Aufrechnung mit einer abgetretenen oder belasteten Forderung gegen ein Recht gegen den vor der Abtretung oder Belastung Berechtigten ist für keinen der Beteiligten ein Nachteil: Der Hauptberechtigte erwirbt wie sonst die Gegenforderung und verliert dafür das Hauptrecht. Der bisherige Gegengläubiger, gegen den sich das Hauptrecht richtet, ist gegen seine Übertragung stets machtlos. Der neue Gegengläubiger schließlich hat es, abgesehen von dem Gutgläuberschutze des Aufrechnungsgegners, in der Hand, ob er aufrechnen will oder nicht (s.o. II). Entsprechendes gilt für die Belastung der Gegenforderung. Das oben § 15 Anm. 2 Ausgeführte gilt mutatis mutandis auch hier: Der einzige Grund, der ein Verharren bei dem Wortlaut von § 389 BGB zu rechtfertigen vermöchte, ist die Wahrung der Interessen des Hauptberechtigten, die jedoch durch den aufrechnungsweisen Übergang des Hauptrechtes auf den neuen Gegengläubiger gar nicht berührt werden.

der Dritterfüller dürfe weder aufrechnen noch hinterlegen.¹²⁾ Die Aufrechnung des Dritterfüllers hat auf den ersten Blick große Ähnlichkeit mit der Aufrechnung mit einer abgetretenen Forderung gegen eine Forderung gegen den bisherigen Gläubiger. Es fragt sich daher, was die Zulässigkeit der Aufrechnung hier rechtfertigt, dort ausschließt. Entscheidend ist, daß eine Aufrechnung des Dritterfüllers mangels Gegenseitigkeit den Bestimmtheitsgrundsatz (s.o. § 9 A) verletzen würde. Denn es bliebe unbestimmt, welche von mehreren Forderungen des Gläubigers Gegenstand des Aufrechnungsrechtes wäre.¹³⁾ Gleichwohl kann der Dritterfüller eine aufrechnungsähnliche Wirkung erreichen, indem er die Zwangsvollstreckung in eine der Forderungen betreibt (s.o. § 8 B I 2). Auch ein Skontrationsvertrag (Clearing) zwischen Gläubiger, Schuldner und Dritterfüller ist geeig-

12) So RGZ 78, 382 (384); 119, 1 (4): "Der Wille des Gesetzes ist gerade der, daß der Gläubiger in der Regel nicht gehalten sein soll, sich Erfüllungssurrogate durch einen Dritten aufdrängen zu lassen (§§ 267, 268, 387 BGB.). Die gegenteilige Ansicht würde auf einen Zwang zum Clearing hinauslaufen."; RG HRR 1933, 994; Blomeyer SchR § 6 III (so nur für die Aufrechnung, anders für die Hinterlegung); Enneccerus-Lehmann § 22 II Abs.III; Erman zu § 267 Anm. 2 a.A.; Esser § 37, 2 c; Fikentscher § 36 II 3; Hedemann SchR § 15 III b 3; Hilker § 5, 2 Abs.I; Jaeger-Lent zu § 53 Anm. 8 Abs.II a.A.; Kohler ZZP § 2 Text zu Anm. 2; Lang § 5 II a; Mentzel-Kuhn zu § 53 Anm. 5 Abs.I a.A.; Palandt-Danckelmann zu § 267 Anm. 3 a.A.; Planck-Siber zu § 267 Anm. 4 (so nur für die Aufrechnung, anders für die Hinterlegung); RGRK-BGB-Nastelski zu § 267 Anm. 6; Siber § 12 a Abs.I; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 267 Anm. 3; Staudinger-Werner zu § 267 Anm. II 2 Abs.I.

13) Da dieses Argument bei der Hinterlegung nicht zieht, kommt sie durchaus in Betracht. Es überzeugt nicht, wenn das zu oben Anm. 12 angeführte Schrifttum behauptet, Erfüllungssurrogate brauche sich der Gläubiger grundsätzlich nur vom Schuldner, nicht vom Dritterfüller aufdrängen zu lassen. Für Hinterlegung durch letzteren zu Recht: KG JW 1928, 2563⁴ mit ablehnender Anmerkung von Paul Oertmann; BGB-Motive 2. Bd. S. 98 Text zu Anm. 1; Blomeyer SchR § 6 III Abs.II; Planck-Siber zu § 372 Anm. 3 (ausdrücklich gegen die herrschende Meinung).

net, die Forderungsbestimmung herbeizuführen.¹⁴⁾ Im Gegensatz zu der Aufrechnung des Dritterfüllers gewährleistet die Aufrechnung mit einer abgetretenen Forderung gegen eine Forderung gegen den bisherigen Gläubiger die Verwirklichung des Bestimmtheitsgrundsatzes. Es genügt nämlich, daß vor der Abtretung Gegenseitigkeit vorlag: Sie ist nur zur Begründung des Aufrechnungsrechtes, aber nicht mehr zu seiner Reifung oder Ausübung erforderlich (s.o. § 13 C a.E.). Daß es sich bei § 268 BGB nicht um einen Sonderfall der Dritterfüllung handelt, weil die Forderung nicht primäres, sondern sekundäres Hauptrecht ist, wurde bereits zu oben § 9 B II dargelegt.

C. Die Abtretung des Befreiungsanspruchs

Die Aufrechnung mit einem abgetretenen Befreiungsanspruch stellt wegen der Möglichkeit seiner Umwandlung eine Besonderheit dar, auf die hier eingegangen werden soll. Vor der Abtretung scheitert die Ausübung des Aufrechnungsrechtes an dem Erfordernis der Gleichartigkeit.¹⁵⁾ Denn die aufgrund der Gegenforderung geschuldete Leistung, die Befreiung, kann niemals dem Gegenstande nach der Leistung des Hauptrechtes gleichartig sein (s.o. § 11 D). Trotzdem vermag die vor der Abtretung bestehende Gegenseitigkeit ein, wenn auch unausübbares, Aufrechnungsrecht zu begrün-

14) Vgl. zum Begriff des Skontrationsvertrages (Clearing) RGZ 72, 377 (378); 119, 1 (4): s.o. Anm. 12; Blomeyer SchR § 6 III Abs.II; Enneccerus-Lehmann § 69 I Abs.II a.A.; Erman-Westermann vor § 387 Anm. 2 Abs.VIII a.E.; Esser § 73, 1 Abs.III a.A.; J. v. Gierke HR § 64 III; Hedemann SchR § 26 I Abs.II a.E.; Kegel § 3 III 3; Kohler ZFP § 2 Text zu Anm. 2; Palandt-Danckelmann zu § 267 Anm. 3 und zu § 387 Anm. 2; RGRK-BGB-Löscher vor § 387 Anm. 20 Abs.III; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt vor § 387 Anm. 4 a.E.; Staudinger-Werner vor § 387 Anm. II 1; Warneyer-Buchwald zu § 387 Text zu Anm. 2 und 14.

15) So RGZ 158, 6 (14); RG JW 1910, 332⁸ (333); Recht 1915 Nr. 2468; BGHZ 12, 136 (144); 25, 1 (6); 29, 337 (343); Blomeyer SchR § 40 II 3 Abs.II; Enneccerus-Lehmann § 70 IV Abs.II a.A.; Erman-Westermann zu § 387 Anm. 4 Abs.III; Esser § 73, 3 b Abs.II; Palandt-Danckelmann zu § 387 Anm. 5 a.A.; Planck-Siber zu § 387 Anm. 1 c Abs.II a.A.; RGRK-BGB-Löscher zu § 387 Anm. 17 Abs.III; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 387 Anm. 6 a.A.; Staudinger-Werner zu § 387 Anm. I 2 b Abs.II a.A.; Warneyer-Buchwald zu § 387 Text zu Anm. 40.

den, da bei der Begründung die Merkmale des Reifungstatbestandes unerheblich sind (s.o. § 10 B II). Es gehört zum Begriff des Befreiungsanspruchs (vgl. § 257, 1 BGB), daß sein Gläubiger zugleich Schuldner derjenigen Verbindlichkeit ist, von der befreit werden soll (Befreiungsverbindlichkeit). Wird der Befreiungsanspruch an den Gläubiger der Befreiungsverbindlichkeit abgetreten, so ist er berechtigt, von dem Schuldner des Befreiungsanspruchs eine dem Inhalt der Befreiungsverbindlichkeit entsprechende Leistung zu verlangen.¹⁶⁾ Diese "Umwandlung" des Befreiungsanspruchs kann die erforderliche Gleichartigkeit zur Folge haben (s.o. § 11 A III). Dann steht einer Aufrechnung nichts mehr im Wege. Zwar fehlt nun die Gegenseitigkeit. Sie ist aber im Zeitpunkt der Reifung des Aufrechnungsrechtes nicht mehr nötig (s.o. § 13 C a.E.).¹⁷⁾

D. Ergebnis

Die Akzessorietät des Aufrechnungsrechtes dürfte schon mit genügender Deutlichkeit in folgendem Satz zum Ausdruck kommen, der zu oben § 8 B III a.E. formuliert wurde: "Das Aufrechnungsrecht ist ein dem Gegengläubiger zustehendes Recht an dem Hauptrecht." Wollte man die Akzessorietät noch klarer fassen, so könnte man ähnlich wie § 1018 BGB von dem "jeweiligen" Gegengläubiger sprechen. Das Ergebnis von § 15 ist aufgrund der Ausführungen zu oben A III durch das mit Anführungszeichen Versehene zu ergänzen: Die Aufrechnung bewirkt, daß das Hauptrecht auf den

16) Für diese "Umwandlung" des Befreiungsanspruchs: RGZ 70, 257 (263); 80, 183 (184); 81, 250 (254); 121, 303 (305); 128, 365 (370); 140, 373 (378); 158, 6 (12); RG HRR 1929, 1905; 1931, 1608; JW 1912, 857¹²; BGHZ 12, 136 (141); 23, 17 (22); Erman-Westermann zu § 399 Anm. 4; Esser § 73, 3 b Abs.II und § 90, 4 a Abs.II; Palandt-Danckelmann zu § 399 Anm. 2 a; Planck-Siber zu § 399 Anm. 1 a; RGRK-BGB-Löschner zu § 399 Anm. 15 Abs. I a.A.; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 399 Anm. 3 a.A.; Staudinger-Werner zu § 257 Anm. 2 a.E..

17) So in dem umgekehrten Fall der Aufrechnung gegen einen abgetretenen Befreiungsanspruch BGHZ 12, 136 (144); Erman-Westermann zu § 399 Anm. 4 Abs.I a.E. und zu § 406 Anm. 2 Abs. III; Esser § 73, 3 b Abs.II und § 90, 4 a Abs.II; Palandt-Danckelmann zu § 406 Anm. 1 b; RGRK-BGB-Löschner zu § 406 Anm. 6; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 406 Anm. 2 a.E..

Hauptberechtigten übergeht. Die Belastungen des Hauptrechtes gehen auf die Gegenforderung "und die Belastungen der Gegenforderung auf das Hauptrecht" über. Die Aufrechnung wirkt zurück auf den Zeitpunkt, in dem das Aufrechnungsrecht ausübbar wurde, sofern nicht der Aufrechnende einen späteren Zeitpunkt bestimmt.

§ 24 2. Abschnitt: Die Aufrechnung gegen ein Recht gegen den
infolge der Abtretung oder Belastung Berechtigten

Ü b e r s i c h t

2. Abschnitt: Die Aufrechnung gegen ein Recht gegen den
infolge der Abtretung oder Belastung Berechtigten 177

Die Aufrechnung mit einer abgetretenen oder belasteten Forderung gegen ein Recht gegen den infolge der Abtretung oder Belastung Berechtigten ist die Umkehrung der Aufrechnung gegen ein übertragenes oder belastetes Recht mit einer Forderung gegen den infolge der Übertragung oder Belastung Berechtigten. Folglich geht es hier um dieselben Rechtsfragen wie zu oben § 22: Liegt eine Abtretung oder eine abtretungsgleiche Belastung der Gegenforderung vor, so wird das Aufrechnungsrecht neu begründet (s.o. § 22 A). Das Wesen der abtretungsgleichen Belastung läßt sich genau wie zu oben § 22 C wiedergeben: "Ist eine Forderung mit einem Nutzungs- oder einem Verwertungsrecht belastet, das seinen Inhaber zu ihrer alleinigen Einziehung mit der Wirkung berechtigt, Eigentümer der eingezogenen Sachen zu werden, so steht in Ansehung der Aufrechnung der Inhaber des Nutzungs- oder des Verwertungsrechtes dem Gläubiger gleich." Nach dem Vorstehenden erscheint es erlaubt, auf Rechtsprechung und Schrifttum im Zusammenhang einzugehen (s.o. § 22 A a.E.). Drei Hauptmeinungen sind erkennbar. Die erste hält sich streng an den Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Sie gelangt aufgrund der §§ 1074, 3; 1282 II zu dem Ergebnis, die Aufrechnung mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht sei unzulässig, gegen einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht aber zulässig.¹⁾ Die zweite Hauptmeinung folgt der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Danach ist die Aufrechnung mit einem und gegen einen Nießbrauch unzulässig,

1) So Kohler ZFP § 6 Abs.I; Larenz § 27 III a 1 Anm. 1 und 2; Oertmann AcP § 3, 5 und 6.

mit einem und gegen ein Pfandrecht jedoch zulässig.²⁾ Als dritte Hauptmeinung ist die in der vorliegenden Untersuchung vertretene zu nennen.³⁾ Neben den Hauptmeinungen stehen die Meinungen einiger Außenseiter.⁴⁾ Pfersche zum Beispiel kritisiert mit Recht die Inkonsistenz der ersten Hauptmeinung. Gleichwohl schließt er sich nicht der dritten Hauptmeinung an, sondern lehrt, daß die Aufrechnung sowohl mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht als auch gegen einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht unzulässig sei.⁵⁾

2) So RGZ 58, 105 (108); 84, 8 (13); 97, 34 (39); 103, 28 (29) = RG JW 1922, 28⁹ mit ablehnender Anmerkung von Ernst Levy; Eichler 2. Bd. S. 576 Text zu Anm. 42; Enneccerus-Lehmann § 70 I 2 Abs.III; J. v. Gierke SR § 52 V 2 a Abs.II sowie § 63 II 3 b Abs.I a.E. und Abs.II; Lang § 5 I 1 Abs.III und Text zu Anm. 68; Palandt-Danckelmann zu § 387 Anm. 4 b a.E.; Planck-Brodmann zu § 1074 Anm. 3 Abs.II und Planck-Flad zu § 1282 Anm. 1 b Abs.IV; RGRK-BGB-Löschner zu § 387 Anm. 9; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt zu § 387 Anm. 2 a.E., Soergel-Siebert-Mühl zu § 1070 Anm. 3 und zu § 1074 Anm. 3 a.E. sowie Soergel-Siebert-Augustin zu § 1282 Anm. 3 und 13; Warneier-Buchwald zu § 1074 Abs.V und zu § 1282 Anm. I Abs.II; Weismann S. 8.

3) So Baumbach-Lauterbach zu § 835 Anm. 4 A und 6; Biermann zu § 1074 Anm. 1 e und zu § 1282 Anm. 1 d Abs.II; Blomeyer Schr § 40 II 1 a Abs.IV und V; Bruns ZVR § 22 II 1 a Text zu Anm. 17; Esser § 73, 3 a cc; Falkmann, insbesondere S. 113 Abs.II a.E. und S. 114 Abs.II a.A.; Fuchs SS. 158 und 159; Gaupp-Stein-Jonas-Schönke-Pohle zu § 835 Anm. V 1 Abs.I und Anm. VII Abs.I; Goldmann-Lilienthal-Sternberg § 66 Anm. 5 und § 97 Anm. 16; Kreß § 22, 3 Anm. 6 und 9 und Text dazu; Kretzschmar zu § 1075 Anm. 4 und zu § 1282 Anm. 5 Abs.II und III; Kunick § 13 III Abs.II; Palandt-Hoche zu § 1074 Anm. 4 und zu § 1282 Anm. 2 a; Rosenberg § 193 III 1 b Abs.II; Schefold Nr. 5 d; Schönke-Baur § 25 VII 1 b und 5 c dd; Staudinger-Spreng zu § 1074 Anm. 3 Abs.II und III und zu § 1282 Anm. 3 Abs.IV a.A.; Weigelin § 8 Text zu Anm. 27 und 50; Westermann § 137 III 1 b Abs.III bis V und § 140, 4 a Abs.III; Wieczorek zu § 835 Anm. F II a 2; Wolff-Raiser § 121 Anm. 1 und § 176 Anm. 7.

4) Vgl. außer der zu unten Anm. 5 angeführten Meinung von Pfersche: Erman-Ronke zu § 1074 Anm. 3 und zu § 1282 Anm. 4 sowie RGRK-BGB-Denecke zu § 1074 Anm. 1 und 3 a.E. und RGRK-BGB-Kregel zu § 1282 Anm. 9 Abs.II, wo behauptet wird, die Aufrechnung mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht sei zulässig, gegen einen Nießbrauch aber unzulässig.

5) So Pfersche IV; wohl ebenso BGB-Motive 3. Bd. S. 545, 2 und S. 862 c (über die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen ein Pfandrecht schweigen jedoch die Motive) sowie Siber § 12 a Abs. III, der aber nur von der Unzulässigkeit der Aufrechnung mit einem und gegen einen Nießbrauch spricht.

C. ERGEBNIS

§ 25 Korrektur an den bestehenden Vorschriften

Ü b e r s i c h t

A. Die Aufrechnung gegen eine abgetretene Forderung mit einer Forderung gegen den bisherigen Gläubiger	180
B. Die Aufrechnung gegen eine beschlagnahmte Forderung mit einer Forderung gegen den Vollstreckungsschuldner	180
C. Die Aufrechnung gegen eine verpfändete Forderung mit einer Forderung gegen den Gläubiger	181
D. Die Aufrechnung gegen eine mit einem Nießbrauch belastete Forderung mit einer Forderung gegen den Gläubiger	181
E. Die Aufrechnung gegen eine mit Konkursbeschlag belegte Forderung mit einer Forderung gegen den Gemeinschuldner	181

Die vorliegende Untersuchung hat ergeben, daß die bestehenden Vorschriften über die Aufrechnung nach Übertragung oder Belastung in mehrfacher Hinsicht einer Korrektur bedürfen. Sie ist teils im Wege der Auslegung, teils im Wege der Rechtsfindung vorzunehmen. Denn die beanstandeten Unrichtigkeiten betreffen sowohl den Ausdruck als auch den Gedanken, sowohl die Form als auch den Inhalt des Gesetzes.¹⁾ Im einzelnen ist folgendes zu berichtigen: Erstens entfällt in §§ 392; 406; 1070 I (406); 1275 (406) BGB das zweite Tatbestandsmerkmal, das sich mit der Fälligkeit der Gegenforderung beschäftigt und in positiver Fassung mit "und" und in negativer Fassung mit "oder" beginnt (s.o. § 21 C). Zweitens muß in §§ 392; 1070 I (406); 1275 (406) BGB außer dem Erwerb der Gegenforderung auch der Erwerb der Hauptforderung erwähnt werden (s.o. § 12 B I). Drittens kommt es in § 1275 (406) BGB auf die Verpfändung an, dagegen nicht auf deren Kenntnisnahme durch den Schuldner (s.o. § 16 A II). Viertens sind einige Unge-
nauigkeiten des Textes von § 406 BGB zu berichtigen (s.o. § 3 B).

1) S.o. § 2 B II, insbesondere Anm. 24.

Fünftens wurde nachgewiesen, daß bei § 406 BGB der neue Gläubiger ausschließlicher Aufrechnungsgegner ist (s.o. §§ 3 B III a. A.; 14 C), während bei §§ 1070 I (406); 1275 (406) BGB der Gläubiger alternativ neben den Nießbraucher oder Pfandgläubiger tritt (s.o. §§ 5 A; 6; 14 C). Sechstens wurde die umständliche Formulierung der §§ 392 BGB; 53; 55, 1, 2 KO vereinfacht (s.o. §§ 4 B I; 7 A). In dem Nachfolgenden sollen nun die oben erzielten Ergebnisse zusammengefaßt werden, wobei die angeführten Vorschriften in ihre negative Fassung zurückzuverwandeln sind (s.o. §§ 3 A; 4 B; 5 A; 6; 7 B).

A. Die Aufrechnung gegen eine abgetretene Forderung mit
einer Forderung gegen den bisherigen Gläubiger

"Steht dem Schuldner gegen den bisherigen Gläubiger eine Forderung zu, so ist zu ihrer Aufrechnung gegen die abgetretene Forderung Gegenseitigkeit nicht erforderlich, es sei denn, daß der Schuldner bei dem Erwerbe seiner Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte. Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem neuen Gläubiger."²⁾

B. Die Aufrechnung gegen eine beschlagnahmte Forderung mit
einer Forderung gegen den Vollstreckungsschuldner

"Gegen eine beschlagnahmte Forderung kann der Schuldner eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung nicht aufrechnen, wenn dieser oder der Schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme erworben hat."³⁾

2) Vgl. Art. 1295 Abs.II des französischen Code Civil: "A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification." Ähnlich der brasilianische Código Civil (Art. 1021 Satz 2) und der italienische Codice Civile (Art. 1248 Abs.II). Zum (ebenfalls ähnlichen) finnischen Recht vgl. Hakulinen § 9 V a.E. und § 10 V 5 a.E.. - Siehe auch oben § 21 Anm. 16.

3) Vgl. Art. 1298 des französischen Code Civil: "La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrest faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation." Ähnlich der brasilianische Código Civil (Art. 1024) und der italienische Codice Civile (Art. 1250). - Siehe auch oben § 21 Anm. 16.

C. Die Aufrechnung gegen eine verpfändete Forderung mit einer Forderung gegen den Gläubiger

"Gegen eine verpfändete Forderung kann der Schuldner eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung nicht aufrechnen, wenn dieser oder der Schuldner seine Forderung nach der Verpfändung erworben hat. Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Gläubiger oder dem Pfandgläubiger."⁴⁾

D. Die Aufrechnung gegen eine mit einem Nießbrauch belastete Forderung mit einer Forderung gegen den Gläubiger

"Gegen eine Forderung, die Gegenstand des Nießbrauchs ist, kann der Schuldner eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung nicht aufrechnen, wenn der Schuldner von der Bestellung des Nießbrauchs Kenntnis hatte, als der Gläubiger oder der Schuldner seine Forderung erwarb. Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Gläubiger oder dem Nießbraucher."⁵⁾

E. Die Aufrechnung gegen eine mit Konkursbeschlag belegte Forderung mit einer Forderung gegen den Gemeinschuldner

"Gegen eine mit Konkursbeschlag belegte Forderung kann der Schuldner eine ihm gegen den Gemeinschuldner zustehende Forderung nicht aufrechnen, wenn dieser oder der Schuldner seine Forderung nach der Eröffnung des Konkursverfahrens erworben hat."

4) S.o. Anm. 3. — Der italienische Codice Civile spricht in Art. 1250 ganz allgemein vom Pfandrecht und Nießbrauch an Forderungen: "Compensazione rispetto ai terzi. La compensazione non si verifica in pregiudizio dei terzi che hanno acquisitato diritti di usufrutto o di pegno su uno dei crediti."

5) S.o. Anm. 4.

§ 26 Vorschlag einer Neuregelung des Aufrechnungsrechtes

Ü b e r s i c h t

A.	Wesen und Begründung des Aufrechnungsrechtes	183
I.	Dinglichkeit und Akzessorietät	183
II.	Gegenseitigkeit	183
III.	Entwicklungsstufen.....	183
IV.	Gleichartigkeit	184
B.	Die Ausübung des Aufrechnungsrechtes	184
I.	Erstrang	184
II.	Reife	184
III.	Erklärung	184
IV.	Wirkung	184
C.	Gutgläubenserwerb	185
D.	Übertragungsgleiche Belastungen	185

Wenn hier der Vorschlag einer Neuregelung der für die Aufrechnung nach Übertragung oder Belastung bedeutsamen Bestimmungen des Aufrechnungsrechtes unterbreitet wird, so hat dies seinen Grund darin, daß eine bloße Korrektur an den bestehenden Vorschriften (s.o. § 25) sich als unbefriedigendes Flickwerk erweist. Denn erstens läßt das Gesetz den Fall unberücksichtigt, daß das Hauptrecht ein Verwertungsrecht ist (s.o. §§ 1 B VI; 8 C a.E.; 12 B III). Zweitens bedarf die Regelung des Gutgläubenserwerbs des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs einer Ausdehnung (s.o. §§ 17 A I; 18 B I 1; 22 B). Drittens haben die §§ 387; 388; 389 BGB lediglich den Normalfall im Auge, daß es sich bei den an der Aufrechnung beteiligten Rechten um weder abgetretene noch belastete Forderungen handelt (s.o. §§ 8 B a.A.; 10 B II a.E.; 14 C a.A.). Viertens bleibt die Frage der Übertragungsgleichen Belastungen offen (s.o. §§ 22 A; 24). Fünftens kommt die Akzessorietät des Aufrechnungsrechtes nicht zum Ausdruck (s.o. § 23 A I). Sechstens schließlich wird das Erfordernis des Erstrangs in den bestehenden Vorschriften unnötigerweise viermal wiederholt (s.o. §§ 12 B I; 25 B, C, D, E). Die einzelnen Bestimmungen der Neuregelung ergeben sich aus den folgenden Stellen der vorliegenden Untersuchung: "Dinglichkeit und Akzessorietät" aus §§ 8 B III a.E.; 23 D a.A., "Gegenseitigkeit" aus § 9 E, "Entwicklungsstufen" aus § 10 D, "Gleichartigkeit" aus § 11 D, "Erstrang" aus § 12 C,

"Reife" aus § 13 C, "Erklärung" aus § 14 C, "Wirkung" aus §§ 15 D; 23 D a.E., "Gutgläubenserwerb" aus §§ 17 D; 18 C; 22 B und "Übertragungsgleiche Belastungen" aus §§ 22 D; 24. Auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts sind Gesetzesänderungen erfahrungsgemäß eine Seltenheit, wie z.B. die sog. "positive Vertragsverletzung" zeigt.¹⁾ Solange es an einer Neuregelung des Aufrechnungsrechtes fehlt, mag der hier gemachte Vorschlag der Auslegung und Rechtsfindung als Anregung dienen.²⁾

A. Wesen und Begründung des Aufrechnungsrechtes

I. Dinglichkeit und Akzessorietät

"Das Aufrechnungsrecht ist ein dem jeweiligen Gegengläubiger zustehendes Recht an dem Hauptrecht."

II. Gegenseitigkeit

"Das Aufrechnungsrecht wird begründet durch den Eintritt der Gegenseitigkeit zwischen Hauptrecht und Gegenforderung. Ist das Hauptrecht ein Verwertungsrecht, so liegt Gegenseitigkeit vor, wenn dem Gegengläubiger ein Recht oder Besitz an dem Verwertungsgegenstand zusteht."

III. Entwicklungsstufen

"Die Begründung des Aufrechnungsrechtes wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Hauptrecht künftig und die Gegenforde-

1) Vgl. zum Begriff der "positiven Vertragsverletzung" insbesondere RGZ 106, 22 (26) und BGHZ 11, 80 (84); ferner Blomeyer SchR § 30; Boehmer Grundlagen 2. B. 1. Abt. § 17 C II 3 Abs. I; Enneccerus-Lehmann § 55; Erman-Groepper zu § 276 Anm. 7; Esser § 79; Fikentscher § 47 I; Heck SchR § 40; Hedemann SchR § 22; Kreß § 23, 2 b; Larenz § 23 I; F. Leonhard SchR § 279; Palandt-Danckelmann zu § 276 Anm. 7; Planck-Siber vor § 275 Anm. I 3; RGHK-BGB-Nastelski zu § 276 Anm. VI; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt vor § 275 Anm. E; Staudinger-Werner vor § 275 Anm. C; Warneyer-Buchwald zu § 326 Anm. XII. Trotz der allgemeinen Anerkennung der "positiven Vertragsverletzung" in Rechtsprechung und Schrifttum ist mit einer Neuregelung des Rechts der Leistungsstörungen wohl nicht zu rechnen!

2) S.o. § 2 B II.

rung betagt oder bedingt ist, es sei denn, daß die bedingte Gegenforderung wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat."

IV. Gleichartigkeit

"Die aufgrund der Gegenforderung geschuldete Leistung muß dem Gegenstande nach der Leistung des Hauptrechtes gleichartig sein."

B. Die Ausübung des Aufrechnungsrechtes

I. Erstrang

"Das Aufrechnungsrecht ist nur dann ausübbar, wenn ihm die übrigen Belastungen des Hauptrechtes nicht vorgehen (Erstrang)."

II. Reife

"Ein erstrangiges Aufrechnungsrecht ist ausübbar, sobald das Hauptrecht erfüllt oder abgelöst werden darf und die Gegenforderung fällig und einredefrei ist. Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn mit der Gegenforderung vor ihrer Verjährung aufgerechnet werden konnte."

III. Erklärung

"Die Ausübung des Aufrechnungsrechtes (Aufrechnung) erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zur Verfügung über das Hauptrecht Befugten. Bestehen mehrere Rechte an dem Hauptrecht, so genügt die Erklärung gegenüber dem zur Verfügung über eines der Rechte Befugten. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird."

IV. Wirkung

"Die Aufrechnung bewirkt, daß das Hauptrecht auf den Gegengläubiger und die Gegenforderung auf den Hauptberechtigten über-

geht. Die Belastungen des Hauptrechtes gehen auf die Gegenforderung und die Belastungen der Gegenforderung auf das Hauptrecht über.

Die Aufrechnung wirkt zurück auf den Zeitpunkt, in dem das Aufrechnungsrecht ausübbar wurde, sofern nicht der Aufrechnende einen späteren Zeitpunkt bestimmt. Hat der Hauptberechtigte aufgerechnet, so kann der Gegengläubiger eine Rückwirkung bis auf den Zeitpunkt bestimmen, in dem sein Aufrechnungsrecht ausübbar wurde, wenn dieser vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Aufrechnungswirkung liegt."

C. Gutgläubenserwerb

"In Ansehung des Gutgläubenserwerbs des Aufrechnungsrechtes oder seines Vorrangs steht die Begründung des Aufrechnungsrechtes einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über das Hauptrecht gegenüber dem Schuldner oder dem Ablösungsberechtigten gleich."

D. Übertragungsgleiche Belastungen

"Ist eine Forderung mit einem Nutzungs- oder einem Verwertungsrecht belastet, das seinen Inhaber zu ihrer alleinigen Einziehung mit der Wirkung berechtigt, Eigentümer der eingezogenen Sachen zu werden, so steht in Ansehung der Aufrechnung der Inhaber des Nutzungs- oder des Verwertungsrechtes dem Gläubiger gleich. Entsprechendes gilt für das Nutzungs- und das Verwertungsrecht an einem Verwertungsrecht."

G e s e t z e s v e r z e i c h n i s

AktG § 71 II 3	§ 14 B
ALR I 15 §§ 24-26	§ 11 Anm. 4
ALR I 16 § 300	§ 2 Anm. 16
ALR I 16 § 301	§ 1 Anm. 8; § 2 Anm. 16
BGB § 28 II	§ 14 B
BGB § 40	§ 14 B
BGB § 90	§ 8 A
BGB § 122 II	§ 16 Anm. 11
BGB § 130	§ 5 B II
BGB § 130 I 1	§ 16 Anm. 8
BGB § 132 I	§ 16 Anm. 3, 5
BGB § 135	§ 3 D II 2; § 19 A II Abs. I
BGB § 135 I 1	§ 19 A II 2
BGB § 135 I 2	§ 3 D II 3; § 19 A II 2
BGB § 135 II	§ 3 D II 2
BGB § 136	§ 19 A II Abs. I, A II 2
BGB § 158	§ 10 A I
BGB § 161 I	§ 12 A I, II
BGB § 163	§ 10 A I; § 12 A I, II
BGB § 164 III	§ 14 B
BGB § 184	§ 12 A II, Anm. 6
BGB § 184 II	§ 12 A II, Anm. 8
BGB § 185 II	§ 10 C II; § 12 A II, Anm. 6
BGB § 185 II 2	§ 12 A II, Anm. 6
BGB § 221	§ 8 A
BGB § 223 I	§ 13 A
BGB §§ 232, 233	§ 20 B I
BGB § 241	§ 11 A II
BGB § 242	§ 9 D; § 16 Anm. 3
BGB § 244 I	§ 11 Anm. 6
BGB § 257, 1	§ 23 C
BGB § 267	§ 9 B II; § 23 B
BGB § 268	§ 9 B II, Anm. 9; § 23 B
BGB § 268 I	§ 8 B Abs. I; § 9 A II, D
BGB § 268 I 1	§ 9 D
BGB § 268 I 2	§ 9 A I 2, D
BGB § 268 II	§ 8 B Abs. I, B II 2; § 9 A II; § 23 B
BGB § 268 III 1	§ 8 A, B I 1; § 9 B II; § 15 A I
BGB § 271 II	§ 3 C I 2; § 10 B III
BGB § 272	§ 10 A II
BGB § 281 I	§ 11 A III
BGB § 286 I	§ 21 A I
BGB §§ 362-397	§ 8 B II 2
BGB § 362 II	§ 15 C; § 16 Anm. 12
BGB § 365	§ 16 C
BGB § 387	§ 1 B I, VI; § 3 B I, C I 2, 3; § 4 C II 1; § 7 C I 1; § 9 A II, C I; § 10 B II; § 11 A I, II; § 13 A, B; § 14 C; § 15 A I; § 21 A I; § 23 A III; § 26 Abs. I

BGB § 388	\$ 2 Anm. 13; § 14 C; § 15 A I; § 23 A III; § 26 Abs. I
BGB § 388, 1	\$ 4 C II 1; § 11 A I; § 14 A, C, Anm. 6
BGB § 388, 2	\$ 14 A
BGB § 389	\$ 8 A, B Abs. I; § 10 B II; § 14 C; § 15 A I, II, D, Anm. 2; § 16 C; § 23 A III, Anm. 11; § 26 Abs. I
BGB § 390, 1, 2	\$ 13 A
BGB § 392	\$ 2 A IV, Anm. 25; § 3 B II; § 4 A, B I, II, C II 1, 2; § 5 A I, B I, II; § 7 C I 1, 2, II 1, 2, Anm. 6; § 12 B II, III; § 16 Anm. 9; § 18 Anm. 14; § 19 A II 1; § 20 Anm. 17; § 21 A I, II, B I, II, C, Anm. 1; § 25 Abs. I
BGB §§ 393-395	\$ 2 B I 2 a; § 9 E
BGB § 393	\$ 7 A I; § 19 B II
BGB § 394	\$ 3 D II 3; § 8 B I 2; § 19 A II 2; § 20 D
BGB § 396	\$ 9 A I 2
BGB § 398	\$ 9 A I 1; § 16 A II
BGB § 401 I	\$ 8 A; § 9 B I; § 15 B I; § 23 Anm. 1
BGB § 402	\$ 16 C
BGB § 404	\$ 8 C; § 12 A III; § 17 A II 1 b, B I; § 21 B II
BGB § 405	\$ 8 C; § 12 A III; § 16 Anm. 11; § 17 B I; § 21 Anm. 9
BGB §§ 406-409	\$ 16 Anm. 12; § 17 A II 1 b
BGB § 406	\$ 2 A IV, Anm. 15, 25; § 3 A I, II, B I, II, III, IV, C I 1, 2, 3, 4, II, D I, III, IV, Anm. 9; § 4 B I, C I, II 1, 2; § 5 A I, B I, II; § 6; § 7 C I 1, 2, II 1, 2, Anm. 6; § 8 C; § 11 Anm. 9; § 12 B III; § 15 Anm. 3; § 16 A I, II, III, D, Anm. 2, 6, 9, 17; § 17 A I, D; § 18 B I 1, Anm. 14; § 20 Anm. 17; § 21 A I, B I, II, C, Anm. 1; § 22 B, Anm. 1; § 25 Abs. I
BGB § 407	\$ 3 D III; § 16 A I, B, Anm. 6, 9, 14; § 17 A I; § 22 B; § 23 A II
BGB § 407 I	\$ 16 B; § 17 A I; § 23 A II, Anm. 8
BGB § 408	\$ 16 A I, B; § 17 A I; § 22 B, Anm. 4; § 23 A II
BGB § 409	\$ 16 A I; § 17 A I, C

BGB § 409 I	§ 16 B; § 22 B, Anm. 3; § 23 A II
BGB § 409 I 1	§ 16 B; § 22 B; § 23 A II
BGB § 412	§ 3 D I; § 8 A; § 9 B I; § 15 B I
BGB § 413	§ 9 A I 1; § 17 A II 1 b, 2
BGB § 419 I	§ 23 Anm. 6
BGB § 422 I	§ 8 Anm. 23
BGB § 434	§ 16 C
BGB § 437	§ 16 C
BGB § 440	§ 16 C
BGB § 445	§ 16 C
BGB § 515	§ 16 C
BGB § 523	§ 16 C
BGB § 559, 1, 2	§ 10 C III
BGB § 571 I	§ 3 D I
BGB § 573, 1	§ 3 D II 1, III
BGB § 573, 2	§ 3 D II 2
BGB § 574	§ 3 D III
BGB § 574, 1	§ 3 D II 2
BGB § 575	§ 3 D II 3, III, IV; § 21 B II
BGB § 575, 1	§ 8 B II 2
BGB § 575, 2	§ 1 B II; § 3 B II, D IV; § 7 C I 2; § 16 A III
BGB § 585, 1	§ 10 C III
BGB § 633 III	§ 21 Anm. 19
BGB § 647	§ 9 A I 1; § 10 C III
BGB § 704, 1	§ 10 C III
BGB § 741	§ 19 B I
BGB § 757	§ 16 C
BGB § 767 I 1	§ 15 B II
BGB § 770 II	§ 8 B I 2
BGB § 772 II	§ 8 B I 2
BGB § 774 I 1	§ 15 B I
BGB § 792 I 3	§ 18 A
BGB § 793 I 2	§ 18 B I 1, III; § 22 B
BGB § 796	§ 18 B II
BGB § 797, 2	§ 18 B I 1, III; § 22 B
BGB § 808	§ 18 A, B I 2
BGB § 816	§ 16 Anm. 10
BGB § 816 I 1	§ 16 C, Anm. 17
BGB § 816 I 2	§ 16 Anm. 17; § 17 Anm. 20
BGB § 816 II	§ 16 C, Anm. 18
BGB § 823 II	§ 19 B II
BGB § 826	§ 17 Anm. 20
BGB § 849	§ 15 Anm. 5
BGB § 851	§ 18 B I 1
BGB § 873 I	§ 9 A I 1; § 17 A I, II 1 a
BGB § 875 I 1	§ 9 A I 1
BGB § 879	§ 12 A I
BGB § 882	§ 11 Anm. 4
BGB § 883 I	§ 8 B II 1
BGB § 883 I 1	§ 9 B I
BGB § 883 I 2	§ 10 B III, C III
BGB § 883 II	§ 8 B II 1; § 10 B III

BGB § 889	\$ 8 B Abs. I; § 15 B II
BGB § 892	\$ 17 B I, C, Anm. 14; § 18 B II a.E.; § 22 Anm. 7
BGB § 892 I 1	\$ 21 A II
BGB § 893	\$ 17 A I, II 1 b, B I, II 2, C, Anm. 14; § 18 B I 1; § 22 B, Anm. 7
BGB §§ 894-899	\$ 17 B I
BGB § 894	\$ 17 A II 2
BGB § 903	\$ 10 C III
BGB § 928 I	\$ 9 A I 1
BGB § 928 II	\$ 8 B II 1
BGB § 928 II 2	\$ 9 A I 1
BGB § 929, 1	\$ 9 A I 1
BGB § 932	\$ 18 B II, III, Anm. 5
BGB § 932 II	\$ 18 B I 1
BGB § 935	\$ 18 Anm. 5
BGB § 935 II	\$ 18 B I 1
BGB § 936	\$ 18 B II
BGB § 958	\$ 8 B II 1
BGB § 958 I	\$ 9 A I 1
BGB § 959	\$ 9 A I 1
BGB § 1006 I	\$ 18 B I 2
BGB § 1018	\$ 8 C; § 23 D
BGB § 1030 I	\$ 8 C
BGB § 1032 a.E.	\$ 18 B II
BGB § 1063	\$ 15 B II
BGB §§ 1068-1084	\$ 8 A
BGB § 1069 I	\$ 9 A I 1, B I; § 15 B I; § 16 A II; § 17 B II 1
BGB § 1070 I	\$ 2 A IV; § 6; § 7 C I 1, II 1, 2; § 12 A III, B III; § 16 A II, B; § 17 B I; § 21 A I, B I, II, C; § 22 B; § 23 A II; § 25 Abs. I
BGB § 1074, 1	\$ 15 C; § 22 A; § 23 A II
BGB § 1074, 3	\$ 15 C; § 24
BGB § 1075 I	\$ 15 A I; § 17 A I; § 23 A III
BGB § 1075 II	\$ 22 A
BGB § 1077 I 1	\$ 23 A II
BGB § 1090 I	\$ 8 C
BGB § 1094 I	\$ 8 C
BGB § 1098 II	\$ 10 B III
BGB § 1105	\$ 10 C III
BGB § 1105 I	\$ 8 C; § 11 A II; § 17 A I
BGB § 1107	\$ 15 B II; § 17 A III
BGB § 1113 I	\$ 8 B I 1, C; § 11 A II, B; § 17 A II 1 a
BGB § 1113 II	\$ 8 C; § 10 B III, C III
BGB § 1120	\$ 19 A I
BGB § 1124 I 1	\$ 15 C
BGB § 1124 II	\$ 3 D II 1, 2
BGB § 1125	\$ 3 D II 3; § 8 B II 2; § 21 B II

BGB § 1137		§ 13 A
BGB § 1138		§ 17 A II 1 a, b, B II 2
BGB § 1140		§ 18 B II
BGB § 1142		§ 9 A II, Anm. 9
BGB § 1142 I		§ 10 B III
BGB § 1142 II		§ 8 B II 2
BGB § 1143 I 1		§ 8 A; § 9 B II
BGB § 1144		§ 18 A
BGB § 1147		§ 11 B; § 19 A I
BGB § 1149		§ 8 B I 1; § 11 B
BGB § 1150		§ 8 A, B Abs. I, B II 2; § 9 A II, B II, D; § 10 B III
BGB § 1153 I		§ 8 A; § 9 B I; § 15 B I
BGB § 1153 II		§ 9 B I
BGB § 1154		§ 17 A II 1 a, 2, B II 1
BGB § 1154 I 1		§ 18 A
BGB § 1155		§ 18 A
BGB § 1156		§ 17 A II 1 a, Anm. 20
BGB § 1156, 1		§ 17 A II 1 a, B II 3
BGB § 1156, 2		§ 17 Anm. 20
BGB § 1157		§ 17 Anm. 12, 20; § 18 B II a.E.
BGB § 1158		§ 17 A III, B I
BGB § 1159		§ 17 A III, B I
BGB § 1160		§ 18 A
BGB § 1163 I 2		§ 15 B II
BGB § 1177 I		§ 15 B II
BGB § 1178 I		§ 8 B Abs. I; § 15 B II
BGB § 1185 II		§ 17 A II 1 a, b, B II 2
BGB § 1191		§ 10 C III; § 11 A II
BGB § 1191 I		§ 8 C; § 17 A I
BGB § 1192 II		§ 15 B II; § 17 A III; § 18 B II a.E.
BGB § 1193		§ 10 B III
BGB § 1193 I 1		§ 10 A II
BGB § 1195		§ 18 B I 2
BGB § 1199		§ 10 C III; § 11 A II
BGB § 1199 II		§ 11 Anm. 4
BGB § 1204 I		§ 8 C; § 11 A II
BGB § 1204 II		§ 8 C; § 10 A II, B III, C III
BGB § 1208		§ 18 B II
BGB § 1209		§ 12 A I
BGB § 1211		§ 13 A
BGB § 1223 II		§ 8 B Abs. I; § 9 A II; § 10 B III
BGB § 1224		§ 8 B Abs. I, B II 2; § 9 A II
BGB § 1225		§ 15 Anm. 1
BGB § 1225, 1		§ 8 A; § 9 B II
BGB § 1228 I		§ 11 B
BGB § 1228 II		§ 10 A II, B III
BGB § 1228 II 1		§ 13 A
BGB § 1228 II 2		§ 8 B I 1; § 11 A III, B; § 13 A

BGB § 1229	§ 8 B I 1; § 11 B; § 14 A
BGB § 1247, 1	§ 8 B I 1; § 15 A I, Anm. 2
BGB § 1249	§ 8 B Abs. I, B I 1; § 9 A II; § 15 A I, Anm. 1
BGB § 1249, 1	§ 9 D; § 10 B III
BGB § 1249, 2	§ 8 A, B II 2; § 9 B II
BGB § 1250	§ 17 A II 2
BGB § 1250 I 1	§ 8 A; § 9 B I; § 15 B I; § 17 A II 2
BGB § 1250 I 2	§ 9 B I
BGB § 1250 II	§ 9 B I
BGB § 1251	§ 17 A II 2
BGB § 1252	§ 15 B II
BGB § 1256	§ 8 B Abs. I; § 15 B II
BGB §§ 1273-1296	§ 8 A
BGB § 1273 II 1	§ 8 B I 1; § 15 A I
BGB § 1274 I	§ 17 B II 1
BGB § 1274 I 1	§ 9 A I 1, B I; § 15 B I
BGB § 1275	§ 2 A IV; § 5 A I, B I, II; § 7 C I 1, II 1, 2; § 12 A III, B III; § 16 A II, B; § 17 B I; § 21 A I, B I, II, C; § 22 B; § 23 A II; § 25 Abs. I
BGB § 1276	§ 19 Anm. 5
BGB § 1280	§ 5 B II; § 16 A II, B, Anm. 4; § 22 B; § 23 A II
BGB § 1281	§ 15 C; § 19 B I, Anm. 5, 18; § 20 B I
BGB § 1281, 1	§ 23 A II
BGB § 1282 I	§ 11 B; § 15 Anm. 4; § 22 A; § 23 A III
BGB § 1282 I 1	§ 15 C; § 23 A II
BGB § 1282 I 2	§ 15 A II
BGB § 1282 I 3	§ 14 A, Anm. 3
BGB § 1282 II	§ 15 C; § 24
BGB § 1287	§ 15 A I; § 20 B I; § 23 A III
BGB § 1287, 1	§ 17 A I
BGB § 1288 I	§ 20 B I
BGB § 1288 II	§ 8 B I 1; § 11 B; § 14 A; § 15 A I, II, Anm. 2; § 22 A; § 23 A III
BGB § 1289	§ 4 A
BGB § 1290	§ 12 A III; § 15 C
BGB § 1291	§ 11 B; § 14 A; § 15 A I, II; § 23 A III
BGB § 1624 II	§ 16 C
BGB § 2039	§ 19 B I
BGB § 2366	§ 17 Anm. 17
BGB § 2367	§ 17 Anm. 17; § 22 Anm. 6
BGB § 2368 III	§ 17 Anm. 17; § 22 Anm. 6
BGB § 2370 I	§ 17 Anm. 17; § 22 Anm. 6
BJagdG §§ 1 I, 22 I 3	§ 10 B III
Cod. Iust. 4, 31, 4	§ 15 Anm. 4

Cod. Iust. 4, 31, 14 pr.	\$ 15 Anm. 4
Cod. Iust. 8, 17 (18), 3 (4)	\$ 12 Anm. 1
Dig. 12, 6, 30	\$ 19 Anm. 15
Dig. 16, 2, 3	\$ 8 Anm. 9
Dig. 16, 2, 4	\$ 15 Anm. 4
Dig. 16, 2, 10 pr.	\$ 15 Anm. 4
Dig. 16, 2, 10, 1.	\$ 19 Anm. 15
Dig. 16, 2, 21	\$ 15 Anm. 4
Dig. 42, 8, 6, 7	\$ 20 Anm. 14
Dig. 50, 16, 76	\$ 8 Anm. 24
E I BGB § 127 IV 2	\$ 12 Anm. 8
E I BGB § 141	\$ 10 Anm. 4
E I BGB § 286	\$ 19 Anm. 6, 13; § 21 Anm. 6, 16
E I BGB § 291	\$ 15 Anm. 8
E I BGB § 303	\$ 3 B III; § 21 Anm. 6, 16
E I BGB § 306 II 2	\$ 16 Anm. 12
E I BGB § 307	\$ 16 Anm. 13
E I BGB § 939	\$ 11 Anm. 4
E I BGB § 940	\$ 11 Anm. 4
E I BGB § 1032	\$ 15 Anm. 8
E I BGB § 1223	\$ 15 Anm. 8
E II BGB § 349	\$ 3 B III
E II B BGB § 1139b	\$ 9 Anm. 7
EGBGB Art. 94 II	\$ 11 Anm. 4
EGBGB Art. 113	\$ 15 Anm. 7
EGBGB Art. 115	\$ 15 Anm. 7
GmbHG § 35 II 3	\$ 14 B
HGB § 125 II 3	\$ 14 B
HGB § 366	\$ 18 B I 1
HGB § 367	\$ 18 B I 1
HGB § 397	\$ 10 C III
HGB § 410	\$ 10 C III
HGB § 421	\$ 10 C III
HGB § 440 I	\$ 10 C III
Inst. Iust. 4, 16, 30	\$ 15 Anm. 4
KO § 1	\$ 20 D
KO § 3 I	\$ 20 A I
KO § 4 II	\$ 8 Anm. 8
KO § 6 I	\$ 3 D III; § 20 A II
KO § 6 II	\$ 20 A I, II
KO § 7	\$ 20 A I, II
KO § 8 II, III	\$ 16 Anm. 6, 7; § 18 Anm. 4
KO § 14	\$ 20 C, D
KO § 15	\$ 12 Anm. 3; § 20 A I, II, D
KO § 21 II	\$ 3 D II 1, 2
KO § 21 III	\$ 3 D II 3; § 8 B II 2
KO § 30	\$ 20 B II
KO § 35	\$ 20 B II
KO § 37	\$ 20 B II
KO § 53	\$ 2 A IV; § 7 A I, III, C I 1, 2, II 1, 2, Anm. 6; § 8 Anm. 8; § 12 B II, III; § 20 A II, B II, Anm. 17; § 21 B II; § 25 Abs. I

KO § 54	§ 20 B I
KO § 54 I	§ 7 C I 1; § 20 B II
KO § 54 II	§ 20 B II
KO § 54 III	§ 8 Anm. 11; § 20 B I, E
KO § 54 IV	§ 20 B II
KO § 55	§ 20 B I, II
KO § 55, 1	§ 2 A IV; § 7 A I, II 1, 2, III, C I 1, 2, II 1, 2, Anm. 6; § 12 B II, III; § 20 A II, B II, Anm. 15, 17, 21; § 21 B II; § 23 Anm. 6; § 25 Abs. I
KO § 55, 2	§ 2 A IV; § 7 A I, II 2, III, C I 1, 2, II 1, 2, Anm. 6; § 9 Anm. 3; § 12 B II, III; § 20 A II, B II, Anm. 15, 17, 21; § 21 B II; § 25 Abs. I
KO § 55, 3 I 1	§ 7 B, C I 2; § 9 Anm. 3; § 12 B II; § 20 B II
KO § 55, 3 I 2	§ 20 B II
KO § 55, 3 II	§ 20 B II
KO § 56	§ 20 B II
KO § 57	§ 20 C
KO § 58	§ 20 C
KO § 59	§ 20 C
KO § 60	§ 12 A III; § 20 C
KO § 61	§ 20 C
KO § 61 a.A.	§ 12 A III
KO § 62	§ 20 C
KO § 63	§ 20 B I, C
KO § 64	§ 23 Anm. 3
KO § 65	§ 20 B II
KO § 67	§ 20 B I
KO § 69	§ 11 A III; § 20 B II
KO § 70	§ 20 B II
KO § 76	§ 16 A II
KO § 76 III	§ 16 Anm. 7
KO § 77	§ 16 A II
KO § 108	§ 20 A I
KO § 111	§ 16 A II
KO § 117 I	§ 20 A I
KO § 118	§ 20 A II
KO § 171	§ 20 B I
KO § 191 I	§ 20 C
KO § 205 II	§ 20 C
KO § 224	§ 20 C
OblR-Schweiz Art. 124	§ 2 Anm. 13
OblR-Schweiz Art. 169 II	§ 21 Anm. 1
PatG § 12 I 1	§ 9 A I 1
SächsBGB §§ 314, 315	§ 11 Anm. 4
StGB § 137	§ 19 B II
VerglO § 54	§ 2 A IV; § 7 Anm. 1; § 20 B I;
WG Art. 16 I	§ 18 B I 1, 2

WG Art. 16 II	\$ 18 B I 1, 2, II, III
WG Art. 17	\$ 18 B II
WG Art. 19 II	\$ 18 B II
WG Art. 39 III	\$ 18 B II
WG Art. 40 III	\$ 18 B I 1, III, Anm. 5; \$ 22 B
WG Art. 40 III 1	\$ 18 B I 2
WG Art. 40 III 2	\$ 18 B I 1
ZGB-Brasilien Art. 1009	\$ 2 Anm. 17
ZGB-Brasilien Art. 1021, 2	\$ 16 Anm. 4; \$ 25 Anm. 2
ZGB-Brasilien Art. 1024	\$ 25 Anm. 3
ZGB-Frankreich Art. 1290	\$ 2 Anm. 12; \$ 15 Anm. 4
ZGB-Frankreich Art. 1295 II	\$ 16 Anm. 4; \$ 25 Anm. 2
ZGB-Frankreich Art. 1298	\$ 2 Anm. 19; \$ 25 Anm. 3
ZGB-Griechenland Art. 167	\$ 16 Anm. 4
ZGB-Griechenland Art. 441	\$ 2 Anm. 13
ZGB-Griechenland Art. 448	\$ 16 Anm. 4
ZGB-Griechenland Art. 455	\$ 16 Anm. 4
ZGB-Griechenland Art. 460	\$ 16 Anm. 4
ZGB-Griechenland Art. 463 II	\$ 21 Anm. 1
ZGB-Italien Art. 1241	\$ 2 Anm. 17
ZGB-Italien Art. 1242 I	\$ 2 Anm. 17, 19
ZGB-Italien Art. 1248 II	\$ 16 Anm. 4; \$ 25 Anm. 2
ZGB-Italien Art. 1250	\$ 25 Anm. 3, 4
ZGB-Italien Art. 1252	\$ 2 Anm. 19
ZGB-Polen Art. 499, 1	\$ 2 Anm. 13
ZGB-Polen Art. 499, 2	\$ 15 Anm. 4
ZGB-Polen Art. 502	\$ 13 Anm. 1
ZGB-Polen Art. 504	\$ 21 Anm. 1
ZGB-Polen Art. 505	\$ 2 Anm. 11
ZGB-Polen Art. 513 § 2	\$ 21 Anm. 1
ZGB-Rußland Art. 129 a, b	\$ 2 Anm. 13
ZGB-Schweiz Art. 2 II	\$ 9 D, Anm. 13
ZGB-Ungarn § 296 I	\$ 2 Anm. 13
ZGB-Ungarn § 297 I	\$ 2 Anm. 11
ZGB-Ungarn § 297 II	\$ 13 Anm. 1
ZGB-Ungarn § 297 III	\$ 2 Anm. 11
ZGB-Ungarn § 329 III	\$ 21 Anm. 16
ZPO § 171 III	\$ 14 B
ZPO §§ 257-259	\$ 21 A I
ZPO § 302 I	\$ 1 B II
ZPO § 772	\$ 3 D II 3
ZPO § 803 I 1	\$ 19 A I
ZPO § 804 I	\$ 19 A I
ZPO § 804 II	\$ 19 B I, Anm. 5
ZPO § 804 III	\$ 12 A I; \$ 19 Anm. 5
ZPO § 808 I	\$ 9 A I 1
ZPO § 829	\$ 4 A
ZPO § 829 I 1	\$ 19 A II Abs. I, B II
ZPO § 829 I 2	\$ 19 A II Abs. I
ZPO § 829 III	\$ 5 B II; \$ 16 A II
ZPO § 830 I	\$ 17 B II 1
ZPO § 830 III 1	\$ 17 A III
ZPO § 835	\$ 11 B; \$ 14 A; \$ 19 B I; \$ 23 A III

ZPO § 835 I	§ 22 A; § 23 A II
ZPO § 836 II	§ 16 B, Anm. 13; § 22 B;
	§ 23 A II
ZPO § 837 I	§ 17 B II 1
ZPO § 845	§ 4 A
ZPO § 845 II	§ 5 B II; § 16 A II
ZPO § 846	§ 4 A
ZPO § 847 I	§ 19 A II 1
ZPO § 848 II 2	§ 15 A I; § 23 A III
ZPO § 851 I	§ 3 D II 3
ZPO § 857 VI	§ 11 B; § 14 A; § 23 A III
ZPO § 866 I	§ 11 B; § 19 A I
ZPO § 866 II	§ 11 B
ZPO § 867 I	§ 17 A II 1 a
ZPO § 867 I 1	§ 9 A I 1
ZPO § 894 I 1	§ 14 Anm. 4
ZPO § 916 I	§ 8 B I 1; § 11 A III, B
ZPO § 916 II	§ 8 C; § 10 B III, C III, D
ZPO § 928	§ 3 D II 3
ZPO §§ 930-932	§ 8 C; § 10 B III
ZPO § 930	§ 4 A
ZPO § 936	§ 4 A
ZVG § 10 I a.A.	§ 12 A III
ZVG § 10 I 5	§ 19 A I
ZVG § 11 II	§ 19 A I
ZVG § 20 II	§ 4 A
ZVG § 21 I, II	§ 4 A
ZVG § 22 I	§ 4 A
ZVG § 22 II 1	§ 19 A II Abs. I
ZVG § 22 II 2	§ 5 B II; § 16 A II, Anm. 7
ZVG § 23 I 1	§ 3 D III; § 19 A II Abs. I
ZVG § 57	§ 3 D II 1, 2
ZVG § 57c	§ 3 Anm. 19
ZVG § 92	§ 11 Anm. 4
ZVG § 121	§ 11 Anm. 4
ZVG § 146 I	§ 4 A
ZVG § 148 I 1	§ 4 A
ZVG § 151 I, III	§ 4 A
ZVG § 152 I 2	§ 19 A II 1

Sachverzeichnis

<u>Ablösbarkeit des Hauptrechtes</u>	§ 2 Anm. 19; § 13 B, C
<u>Ablösungsberechtigtenschutz</u>	§ 17 A II 1 b, 2, B II
<u>Ablösungsgeschäfte</u> (Gegensatz: Ver- kehrsgeschäfte)	§ 17 B II
<u>Ablösungsrecht</u>	§ 8 B II 2, Anm. 21; § 10 B III; § 11 C, Anm. 4; § 13 B
<u>Ablösungsrechtstheorie</u>	§ 8 B II 2
<u>Abtretungsrecht</u> und Aufrechnung ...	§ 3; § 8 C; § 16; § 21 A I, C; § 22; § 23 A, C; § 24
<u>Abwohnklausel</u>	§ 3 Anm. 19
<u>Aktivforderung</u>	§ 1 B III, IV
<u>Akzessorietät des Aufrechnungsrech- tes</u>	§ 2 A III; § 8 B I, II, III; § 23 A I, D
<u>Akzessorietät des Hauptrechtes</u>	§ 9 B
<u>Akzessorietät</u> und Aufrechnungswir- kung	§ 15 B I
<u>allgemeine</u> Geschäftsbedingungen ...	§ 9 Anm. 2
<u>alternative</u> Tatbestandsmerkmale ...	§ 2 A IV; § 3 A I, C I 2, 3, 4; § 7 A III
<u>amerikanischer</u> Realismus	§ 2 B I 1
<u>Amtstheorie</u>	§ 19 A II 1, Anm. 9; § 20 A I, Anm. 9
<u>analytische</u> Jurisprudenz	§ 2 B I 1
<u>Aneignungsrecht</u>	§ 8 B II 1
<u>anglo-amerikanisches</u> Recht	§ 2 B I 2 b, Anm. 12, 14, 15, 21
<u>Anrechnung</u>	§ 21 B II a.E.
<u>Anwartschaft</u> auf Aufrechnung	§ 10 B I, Anm. 13, 22; § 21 A II, Anm. 6, 7
<u>Anweisungstheorie</u> von Kohler	§ 8 Anm. 26; § 14 Anm. 4
<u>Anwendung</u> (Gegensatz: Auslegung) ..	§ 21 B I
<u>Arbeitslohnforderungen</u> als Hauptrech- te	§ 19 Anm. 16
<u>Arrestatorium</u>	§ 19 A II, C, Anm. 5
<u>Aufrechnungsberechtigter</u>	§ 1 C
<u>Aufrechnungserklärung</u>	§ 14; § 16 B; § 17 C; § 18 B III; § 23 A II
<u>Aufrechnungsforderung</u>	§ 1 B II
<u>Aufrechnungsgegner</u>	§ 1 C; § 3 B III; § 4 C II 1; § 5 B I; § 6 a.E.; § 14 B; § 15 C, Anm. 11; § 16 B; § 17 C; § 18 B III; § 19 A II 1, Anm. 11; § 20 A II, Anm. 13; § 22 B, Anm. 5
<u>Aufrechnungstheorien</u>	§ 8 B; § 9 Anm. 9; § 10 B III; § 11 A I, B, C, Anm. 11; § 13; § 14 A, B; § 15 A I, C, Anm. 3, 11; § 17 C; § 18 B III; § 23 A III
<u>Aufrechnungsverbote</u>	§ 2 B I 2 a, Anm. 11; § 9 E
<u>Auslegung</u>	§ 2 B II; § 21 B I; § 25 Abs. I a.A.; § 26 Abs. I a.E.

<u>Austauschwirkung</u> der Aufrechnung ..	§ 2 Anm. 19; § 8 B Abs. I, Anm. 4; § 9 C II; § 11 A I, Anm. 2; § 13 B; § 15 A I, Anm. 2; § 16 C; § 23 A III
<u>Ausübbarkeit</u> des Aufrechnungsrechtes	§ 3 C I 2, 3; § 7 C I 1; § 10 B, Anm. 13; § 12 B I; § 13
<u>Ausübung</u> des Aufrechnungsrechtes ..	§§ 12-15
<u>Baukostenzuschuß</u> mit Abwohnklausel	§ 3 Anm. 19
<u>bedingt</u>	§ 10 A I
<u>Bedingtheit</u> der Gegenforderung	§ 10 C III, D, Anm. 22; § 20 B I, E; § 21 B II
<u>Befreiungsanspruch</u> und Aufrechnung	§ 11 A III a.E.; § 23 C, Anm. 17
<u>befristet</u>	§ 10 A I
<u>Begriffsbestimmung</u>	§ 1
<u>Begriffsjurisprudenz</u>	§ 2 B I 1
<u>Begründung</u> des Aufrechnungsrechtes	§ 9 A; § 10 B, Anm. 13; § 11 A III; § 12 A I, B I; § 13 C; § 22 A; § 23 B, C; § 24
<u>Belastungen</u> als Gegenrechte	§ 24
<u>Belastungen</u> als Hauptrechte	§ 22; 24
<u>Belastungen</u> der Gegenforderung	§ 23 A
<u>Belastungen</u> des Hauptrechtes	§ 12 A
<u>berechtigtes</u> Interesse an dem Aufrechnungsrecht	§ 9 D
<u>Beschlagnahme</u>	§ 19 A I, II Abs. I, Anm. 1, 5
<u>Beschlagnahme</u> der Gegenforderung ..	§ 23 A
<u>Beschlagnahme</u> der Hauptforderung ..	§ 4; § 5 B II; § 12 B I, III; § 16 A II, B, Anm. 9; § 19; § 21 A I, C; § 22; § 24
<u>beschränkte</u> dingliche Rechte als Gegenrechte	§ 24
<u>beschränkte</u> dingliche Rechte als Hauptrechte	§ 22; § 24
<u>beschränkte</u> dingliche Rechte an dem Hauptrecht	§ 12 A
<u>beschränkte</u> dingliche Rechte an der Gegenforderung	§ 23 A
<u>Beschränkung</u> der Aufrechnung im Konkurs	§ 20 B, E, Anm. 15
<u>Bestimmtheitsgrundsatz</u> und Gegenseitigkeit	§ 2 Anm. 19; § 9 A, Anm. 2; § 10 C; § 23 B
<u>betagt</u>	§ 10 A I
<u>Betagtheit</u> der Gegenforderung	§ 10 C III, D; § 20 B II; § 21 B II
<u>Beweislastregelung</u>	§ 2 A IV; § 3 A I; § 4 B I; § 5 A; § 6; § 7 B; § 18 B I 2; § 25 Abs. I a.E.
<u>Bonität</u> der Gegenforderung	§ 11 C a.E.
<u>Clearing</u>	§ 23 B, Anm. 12, 14
<u>Common Law</u>	§ 1 Anm. 2; § 2 Anm. 14

<u>compensatio iudicialis</u>	§ 2 B I 2 b
<u>compensatio legalis</u>	§ 2 B I 2 b
<u>compensatio necessaria</u>	§ 2 B I 2 b
<u>compensatio voluntaria</u>	§ 2 Anm. 19
<u>compensation facultative</u>	§ 2 Anm. 12, 19 a.E.
<u>compensation judiciaire</u>	§ 2 Anm. 12
<u>counterclaim</u>	§ 2 Anm. 12
<u>creative responsibility</u>	§ 2 Anm. 29
<u>Definitionen</u>	§ 1
<u>Dienstlohnforderungen</u> als Haupt- rechte	§ 19 Anm. 16
<u>Differenztheorie</u>	§ 2 B II, Anm. 29; § 21 B II, Anm. 20, 21
<u>dingliche Tatbestände</u>	§ 9 A I 1
<u>dinglicher Verfall</u>	§ 15 A II
<u>dingliches Vorkaufsrecht</u>	§ 10 B III, Anm. 12
<u>Dinglichkeit des Aufrechnungs- rechtes</u>	§ 8
<u>Dispositivität der Aufrechnungs- rückwirkung</u>	§ 2 Anm. 19; § 15 D, Anm. 4, 5
<u>Doppelwirkungen</u> im Aufrechnungs- recht	§ 15 A II a.E., Anm. 6, 12
<u>Dritterfüllung</u>	§ 9 B II; § 23 B
<u>Durchbrechung der Akzessorietät</u> im Hypothekenrecht	§ 17 A II 1, B II
<u>Durchgangserwerb</u>	§ 10 A II, Anm. 10, 19; § 12 Anm. 3
<u>Eigenständigkeitstheorie</u>	§ 8 B III, Anm. 28; § 10 B III; § 11 A I; § 13 C; § 14 Anm. 1
<u>Eigentum</u> im weiteren Sinne	§ 8 B II 1, Anm. 14
<u>Einlöschungspapiere</u>	§ 18 A
<u>Einredefreiheit</u> der Gegenfor- derung	§ 2 Anm. 19; § 13 A, C
<u>Entwicklungsstufen</u> des Aufrech- nungsrechtes im subjektiven Sinne	§ 10 B
<u>Entwicklungsstufen</u> in der Ge- schichte des Aufrechnungsrech- tes im objektiven Sinne	§ 2 B I 2 b
<u>Entwicklungsstufen</u> von Hauptrecht und Gegenforderung	§ 10 C
<u>Erbschein</u> und Aufrechnung	§ 17 Anm. 17; § 22 Anm. 6
<u>Erfüllbarkeit</u> der Hauptforderung ..	§ 2 Anm. 19; § 3 C I 2 a.E.; § 7 C I 1; § 13 B, C
<u>Ergebnis</u>	§§ 25, 26
<u>Erklärung</u> der Aufrechnung	§ 14; § 16 B; § 17 C; § 18 B III; § 23 A II
<u>Erklärungsaufrechnung</u>	§ 2 B I 2 b, Anm. 13, 16, 18, 19; § 14 A, Anm. 3, 4; § 15 A II, Anm. 4, 5
<u>Erlaß</u> und Aufrechnung	§ 8 Anm. 4; § 14 Anm. 4
<u>Erleichterung der Aufrechnung</u> im Konkurs	§ 20 B, E, Anm. 15
<u>Ersetzungsbefugnis</u> des Gläubigers .	§ 11 Anm. 6
<u>Ersetzungsbefugnis</u> des Schuldners .	§ 8 B II 2, Anm. 20; § 10 B III; § 11 A II, C; § 13 B; § 16 Anm. 6

<u>Ersetzungsbefugnistheorie</u>	§ 8 B II 2
<u>Erstrang</u> des Aufrechnungsrechtes .	§ 12
<u>Erwerbsinteresse</u>	2 Anm. 8; § 9 D
<u>Erwerbsrecht</u>	§ 8 B II 1; § 11 C
<u>Erwerbsrechtstheorie</u>	§ 8 B II, Anm. 24; § 10 B III; § 11 A I, C; § 13 B; § 14 A; § 15 A I, C, Anm. 3; § 17 C; § 18 B III; § 19 B I; § 23 A III
<u>ex nunc</u> wirkende Aufrechnung	§ 2 Anm. 19; § 15 Anm. 4, 5
<u>ex tunc</u> wirkende Aufrechnung	§ 2 Anm. 19; § 15 Anm. 4, 5
<u>facultas alternativa</u> des Schuldners	§ 8 B II 2; § 11 Anm. 6
<u>Fälligkeit</u> der Gegenforderung	§ 2 Anm. 19; § 3 C I 3 a.E.; § 7 C I 1, II 1; § 11 A III, Anm. 9; § 13 A, C; § 21, Anm. 1, 3, 4, 5, 7, 9, 16, 17
<u>Feststellungsklage</u> des Aufrech- nenden	§ 1 Anm. 2; § 2 Anm. 15
<u>finnisches</u> Recht	2 Anm. 11, 13; § 11 Anm. 5, 6; § 13 Anm. 2; § 15 Anm. 4; § 25 Anm. 2
<u>Forderung</u>	§ 1 B III
<u>Forderung</u> , die aufgerechnet wird .	§ 1 B I
<u>Forderung</u> , gegen die aufgerech- net wird	§ 1 B I
<u>Forderung</u> , mit der aufgerechnet wird	§ 1 B I, V
<u>Fortbestand</u> des Aufrechnungs- rechtes nach Übertragung oder Belastung	§ 2 A II; § 8 C; § 12 A III; § 23 A I
<u>Fragestellung</u>	§ 2 A
<u>Freirechtslehre</u>	§ 2 B I 1
<u>Fremdgeldforderungen</u> und Auf- rechnung	§ 11 Anm. 6; § 15 Anm. 5
<u>Gattungsschulden</u> und Aufrechnung .	§ 11 A II
<u>Gegenforderung</u>	§ 1 B II, IV, V
<u>Gegengläubiger</u>	§ 1 C
<u>Gegenleistung</u>	§ 11 A II
<u>Gegenrecht</u>	§ 1 B VI a.E.; § 9 C
<u>gegenseitige</u> Verträge und Auf- rechnung	§ 2 B II, Anm. 29; § 21 B II, Anm. 20, 21
<u>Gegenseitigkeit</u> von Hauptrecht und Gegenforderung	§ 2 A III, Anm. 19; § 3 B I; § 5 A I; § 9; § 12 B I; § 16 A I; § 22 A, B; § 23 B, C; § 24
<u>Gemeines</u> Recht	§ 1 Anm. 2; § 2 Anm. 14
<u>Gerichtsvollzieher</u> als Aufrech- nungsgegner	§ 19 A II 1, Anm. 11
<u>Geschichte</u> des Aufrechnungsrech- tes	§ 2 B I 2 b
<u>gesetzliche</u> Besitzpfandrechte	§ 16 A I a.A., Anm. 17; § 20 Anm. 18

<u>Gestaltungsrecht</u>	§ 14 A, Anm. 1, 3
<u>Gleichartigkeit</u> der aufgrund der Gegenforderung geschuldeten Leistung	§ 2 Anm. 19; § 9 Anm. 10; § 11; § 13 A; § 14 A; § 15 A II; § 20 B II; § 21 B II; § 23 C
<u>Gleichwertigkeit</u> der Gegenleistung des Aufrechnenden	§ 2 Anm. 19; § 9 C; § 11 A; § 13 A
<u>Gleichzeitigkeit</u> als Extremfall	§ 3 C I 1; § 4 C II 2; § 5 B I; § 6 a.E.; § 7 C I 2; § 8 C; § 12 A III, B II; § 16 A III
<u>Glossatoren</u> zur Aufrechnung	§ 2 Anm. 16
<u>Grundbuch</u> und Aufrechnung	§ 17 A I, II 1 a, b, B I, II, C, Anm. 12; § 18 B II; § 22 B, Anm. 7; § 23 A II
<u>Grundschild</u> als Gegenrecht	§ 9 C, Anm. 10
<u>Grundschild</u> als Hauptrecht	§ 1 B VI; § 8 B Abs. I; § 9 B II, Anm. 7; § 17 A I, B I; § 22 B
<u>Grundschildbrief</u>	§ 18 A
<u>guter Glaube</u> und Aufrechnungser- klärung	§ 16 B; § 17 C; § 18 B III; § 22 B, Anm. 5; § 23 A II, Anm. 8
<u>Gutgläubenserwerb</u> des Aufrechnungs- rechtes oder seines Vorrangs ...	§ 16 A, B a.E., Anm. 14; § 17 A, C a.E.; § 18 B I, III a. E.; § 22 B, Anm. 3, 4, 6
<u>Gutgläubensschutz</u> und Beschlagnahme. §	5 B II; § 16 A II, B, Anm. 9
<u>Gutgläubensschutz</u> und Verpfändung ..	§ 5 B II; § 16 A II, B, Anm. 3, 4, 5
<u>Gutgläubensverlust</u> des Aufrechnungs- rechtes oder seines Vorrangs ...	§ 17 B; § 18 B II, Anm. 14; § 21 A II, Anm. 8, 9
<u>Hauptberechtigter</u>	§ 1 C
<u>Hauptforderung</u>	§ 1 B II, IV, V
<u>Hauptgläubiger</u>	§ 1 C
<u>Hauptleistung</u>	§ 11 A II
<u>Hauptrecht</u> bei Akzessorietät (Gegensatz: Nebenrecht)	§ 9 B II
<u>Hauptrecht</u> im Aufrechnungsrecht (Gegensatz: Gegenforderung)	§ 1 B VI; § 8 B Abs. I; § 9 B
<u>Herrschaftsrecht</u>	§ 8 A
<u>hinkende Inhaberpapiere</u> und Auf- rechnungsrecht	§ 18 A, B I 2, Anm. 5
<u>Hinterlegung</u> durch den Dritter- füller	§ 23 B, Anm. 13
<u>Hypothekenbrief</u>	§ 18 A
<u>Hypothekenrecht</u> und Aufrechnung	§ 17 A II 1, B II, C, Anm. 20; § 19 A I, Anm. 3; § 22 B
<u>Inhaberpapiere</u> und Aufrechnungs- recht	§ 18 B, Anm. 14; § 22 B; § 23 A II

<u>Inhibitorium</u>	§ 19 A II, C, Anm. 5
<u>Interessenjurisprudenz</u>	§ 2 B I 1
<u>Interpretationstheorie</u>	§ 2 B II; § 21 B I, Anm. 11
<u>ipso iure compensatur</u>	§ 2 B I 2 b, Anm. 14; § 15 Anm. 4
<u>ius offerendi</u>	§ 8 B II 2
<u>Jagdrecht</u>	§ 10 B III
<u>Janusköpfigkeit der Aufrechnung</u> ...	§ 8 B III, Anm. 27
<u>juristische Technik im Aufrech-</u> <u>nungsrecht</u>	§ 2 B I 2 b, II, Anm. 9, 20, 29; § 13 Anm. 1
<u>Kernprobleme</u>	§ 2 A V, Anm. 10; §§ 8-15; § 21 C
<u>Klagforderung</u>	§ 1 B II, Anm. 2
<u>Komentatoren zur Aufrechnung</u>	§ 2 Anm. 18
<u>Konfusion und Aufrechnung</u>	§ 8 B Abs. I; § 14 Anm. 3; § 15 B II
<u>Konkursanfechtung und Aufrechnung</u> .	§ 20 B II
<u>Konkursbeschlagnahme</u>	§ 20 A I, E
<u>konkursfreie Forderungen</u>	§ 7 A I; § 20 D
<u>Konkursgemeinschaft</u>	§ 20 A I, Anm. 4, 5
<u>Konkursgemeinschaftstheorie</u>	§ 20 A I; § 23 Anm. 3
<u>Konkursrecht und Aufrechnung</u>	§ 7; § 8 B I 2, Anm. 7; § 12 B I, III, Anm. 3; § 16 A II, Anm. 6, 7; § 18 Anm. 4; § 20; § 22 A a.E.; § 23 A, Anm. 3, 6; § 24
<u>Konkursverwalter als Aufrech-</u> <u>nender</u>	§ 23 Anm. 3
<u>Konkursverwalter als Aufrech-</u> <u>nungsgegner</u>	§ 20 A II, Anm. 13
<u>Konkursverwertungsrecht</u>	§ 20 A I, E, Anm. 3
<u>Konsolidation und Aufrechnung</u>	§ 8 B Abs. I; § 15 B II
<u>Konzernverrechnungsklauseln</u>	§ 9 Anm. 2
<u>Korrekturen</u>	§ 2 A V, B II, Anm. 24; §§ 8-21; § 21 B, Anm. 3, 4, 5, 7, 9, 16, 17; § 25
<u>Kostenerstattungsanspruch und Auf-</u> <u>rechnung</u>	§ 21 Anm. 21
<u>Kritik</u>	§ 2 A V, B II, Anm. 29; §§ 8- 21; § 21 A, Anm. 5, 7, 9
<u>Kryptorestriktion</u>	§ 2 B II, Anm. 29; § 21 B II, Anm. 19, 20
<u>Kryptosoziologie</u>	§ 2 B II, Anm. 21, 29
<u>kuittaus</u>	§ 2 Anm. 13
<u>kumulative Tatbestandsmerkmale</u>	§ 2 A IV; § 3 A I
<u>künftige Gegenforderungen</u>	§ 10 C III, Anm. 22
<u>künftige Hauptrechte</u>	§ 10 C II; § 12 A II, Anm. 3
<u>kvittning</u>	§ 2 Anm. 13
<u>Legalkompensation</u>	§ 2 B I 2 b, Anm. 19, 29; § 15 A II, Anm. 4
<u>Leipziger Bank</u>	§ 23 A I
<u>Leistungsrecht</u>	§ 10 B III; § 11 C; § 13 B
<u>libre recherche scientifique</u>	§ 2 B II, Anm. 22
<u>Logik</u>	§ 3 A I
<u>Massegläubiger und Aufrechnung</u>	§ 20 C, Anm. 21; § 22 A a.E.

<u>mehrmalige Übertragung des Haupt-</u> <u>rechtes</u>	§ 8 C, Anm. 29
<u>Methode</u>	§ 2 B
<u>Mietzinsforderungen</u> und Aufrech- <u>nung</u>	§ 3 D
<u>Mitübergang des Aufrechnungsrechtes</u> bei Übertragung des Haupt- rechtes	§ 8 C
<u>nasciturus pro iam nato habetur</u> ...	§ 10 Anm. 11
<u>Nebenleistungen</u> der Verwertungs- rechte	§ 8 B Abs. I; § 15 B II; § 17 A III, B I
<u>Nebenrecht</u>	§ 9 B II; § 23 Anm. 1
<u>negative</u> Fassung von Rechtssätzen .	§ 2 A IV; § 3 A I; § 4 B I; § 7 B; § 12 B II; § 21 C; § 25 Abs. I a.E.
<u>negatives</u> Erwerbsrecht	§ 8 B II 1; § 10 B III
<u>negatives</u> Herrschaftsrecht	§ 8 Anm. 17
<u>Nennwert</u> des Gegenrechtes	§ 9 C
<u>Neubegründung</u> des Aufrechnungs- rechtes nach Übertragung oder Belastung	§ 2 A II, III; § 22 A; § 24
<u>Neuregelung</u> des Aufrechnungsrech- tes	§ 26
<u>Nichtrechtsschein</u>	§ 18 A, B I 1
<u>Nießbrauch</u> als Gegenrecht	§ 24
<u>Nießbrauch</u> als Hauptrecht	§ 22; § 24
<u>Nießbrauch</u> an der Gegenforderung ..	§ 23 A
<u>Nießbrauch</u> an der Hauptforderung ..	§ 6; § 12 B I, III; § 16 A II, B; § 21 A I, C
<u>offener Arrest</u>	§ 16 Anm. 7; § 20 A II, Anm. 11
<u>opposer la compensation</u>	§ 2 Anm. 19
<u>Orderpapiere</u> und Aufrechnungs- recht	§ 18 B, Anm. 14; § 22 B; § 23 A II
<u>österreichisches Recht</u>	§ 2 Anm. 16
<u>par condicio omnium creditorum</u> und Aufrechnungsrecht	§ 20 A II a.E.
<u>Passivforderung</u>	§ 1 B III, IV
<u>Pfandrecht</u> an der eigenen Schuld ..	§ 8 B I 2, Anm. 10
<u>Pfandrechte</u> als Gegenrechte	§ 24
<u>Pfandrechte</u> als Hauptrechte	§ 1 B VI; § 8 B Abs. I; § 9 B; § 17 A II 2, B I; § 22; § 24
<u>Pfandrechte</u> an der Gegenforderung .	§ 23 A
<u>Pfandrechte</u> an der Hauptforderung .	§ 4; § 5; § 12 B I, III; § 16 A II, B; § 21 A I, C
<u>Pfändung</u>	§ 19 A I
<u>Pfändung</u> der Gegenforderung	§ 23 A
<u>Pfändung</u> der Hauptforderung	§ 4; § 5 B II; § 12 B I, III; § 16 A II, B, Anm. 9; § 19; § 21 A I, C; § 22; § 24
<u>Pfändungspfandrecht</u>	§ 19 A I
<u>pignus debiti</u> und Aufrechnungs- recht	§ 8 B I 2
<u>positive</u> Fassung von Rechtssätzen .	§ 3 A I, II, B IV; § 4 B I, II; § 5 A I; § 7 B; § 21 C

<u>positive Vertragsverletzung</u>	§ 16 C; § 26 Abs. I, Anm. 1
<u>positives Erwerbsrecht</u>	§ 8 B II 1; § 10 B III; 11 C; § 13 B
<u>positives Herrschaftsrecht</u>	§ 10 Anm. 12
<u>Potrăcenie</u>	§ 2 Anm. 13
<u>primäre Forderung bei Akzessorietät (= Hauptrecht)</u>	§ 9 B II
<u>primäre Gegenforderung im Aufrechnungsrecht (Gegensatz: sekundäre Gegenforderung)</u>	§ 15 B I
<u>primärer Leistungsanspruch im Schadensersatzrecht (Gegensatz: sekundärer Schadensersatzanspruch)</u>	§ 11 A III, Anm. 8
<u>primäres Hauptrecht im Aufrechnungsrecht (Gegensatz: sekundäres Hauptrecht)</u>	§ 9 B I; § 15 B I; § 17 A II 1 a a.A.; § 23 B a.E.
<u>prior tempore, potior iure im Aufrechnungsrecht</u>	§ 12 A I, B I, Anm. 1; § 19 A II 1 a.E., Anm. 5
<u>Privatvollstreckung und Aufrechnung</u>	§ 8 B I 2, Anm. 12; § 10 C III, D; § 20 B I
<u>Prozeßaufrechnung</u>	§ 1 Anm. 2; § 2 B I 2 b, Anm. 14
<u>qualifizierte Legitimationspapiere und Aufrechnungsrecht</u>	§ 18 A, B I 2, Anm. 5
<u>Randprobleme</u>	§ 2 A V; §§ 16-21; § 21 C
<u>Rangrecht und Aufrechnung</u>	§ 12; § 16 A II, III; § 17 A; § 18 B I; § 19 A, C; § 20 A, B II a.A., C, E
<u>Realismus</u>	§ 2 B I 1
<u>Reallast und Aufrechnung</u>	§ 17 A I, B I; § 22 B
<u>Reallast und Konsolidation</u>	§ 15 B II, Anm. 7
<u>rechtlicher Wert des Gegenrechtes</u> ..	§ 9 C; § 11 A II
<u>Rechtsbedingung</u>	§ 10 Anm. 6, 22
<u>Rechtsfindung</u>	§ 2 B II; § 21 B I; § 25 Abs. I a.A.; § 26 Abs. I a.E.
<u>Rechtsgemeinschaft</u>	§ 19 B I a.E., Anm. 19
<u>Rechtsgeschäftlichkeit der Aufrechnung</u>	§ 2 B I 2 b, Anm. 13, 16, 18, 19; § 14 A, Anm. 3, 4; § 15 A II, Anm. 4, 5
<u>Rechtsgrundlosigkeit der Verfügungsbefugnis</u>	§ 16 Anm. 10
<u>Rechtsmängelhaftung</u>	§ 16 C
<u>Rechtsmißbrauch</u>	§ 9 D
<u>Rechtsschein</u>	§ 18 A, B I 1; § 23 A II
<u>Rechtssicherheit und Restriktion</u> ..	§ 21 B I, Anm. 13
<u>Rechtsvergleichung</u>	§ 2 B I 2 a, b (siehe auch "anglo-amerikanisches Recht", "finnisches Recht", "österreichisches Recht", "sowjetisches Recht" sowie die ausländischen Zivilgesetzbücher und das Obligationenrecht der Schweiz im Gesetzesverzeichnis)

<u>recoupment</u>	§ 2 Anm. 12
<u>Regreßansprüche</u> aus Bürgschaft oder Wechsel als Gegenforderungen ...	§ 10 Anm. 22
<u>Reife</u> des Aufrechnungsrechtes	§ 10 B, Anm. 13; § 11 A III; § 13; § 23 B, C
<u>Rektapapiere</u> und Aufrechnungsrecht .	§ 18 A, Anm. 14
<u>relative</u> Unwirksamkeit des Aufrechnungsrechtes	§ 19 A II 2; § 20 A II
<u>relative</u> Unwirksamkeit des Hauptrechtes	§ 19 B, Anm. 17, 20
<u>restitutio ex maxima necessitate</u> ...	§ 2 Anm. 19
<u>Restriktion</u>	§ 2 B II; § 21 B, C, Anm. 3, 4, 5, 7, 9, 10, 16, 17, 19, 20, 21
<u>Rückgriffsmöglichkeiten</u> des Aufrechnungsgefährdeten und Aufrechnungsgeschädigten	§ 16 C
<u>Rückstände</u> von Nebenleistungen	§ 17 A III
<u>Rückwirkung</u> der Aufrechnung	§ 15 A II
<u>Sachenrecht</u> und Aufrechnung	§ 17
<u>satschöt</u>	§ 2 Anm. 13
<u>Schuld</u>	§ 1 B III
<u>Schuldnerschutz</u> und Aufrechnung	§ 16 A, B, D, Anm. 2; § 22 B; § 23 A II
<u>Schuldnerschutz</u> und Beschlagnahme ..	§ 5 B II; § 16 A II, B, Anm. 9
<u>Schuldnerschutz</u> und Verpfändung	§ 5 B II; § 16 A II, B, Anm. 3, 4, 5
<u>schuldrechtlicher</u> Verfall	§ 14 A
<u>Schuldübergang</u> und Gegenseitigkeit .	§ 9 A I 2, Anm. 3; § 12 B I, Anm. 10; § 23 Anm. 6
<u>sekundäre</u> Gegenforderung im Aufrechnungsrecht (Gegensatz: primäre Gegenforderung)	§ 15 B I
<u>sekundärer</u> Schadensersatzanspruch im Schadensersatzrecht (Gegensatz: primärer Leistungsanspruch)	§ 11 A III, Anm. 8
<u>sekundäres</u> Hauptrecht im Aufrechnungsrecht (Gegensatz: primäres Hauptrecht)	§ 9 B I; § 15 B I; § 17 A II 1 a a.A.; § 23 B a.E.
<u>sekundäres</u> Verwertungsrecht bei Akzessorietät (= Nebenrecht) ...	§ 9 B II
<u>Selbstaufrechnung</u>	§ 2 B I 2 b, Anm. 19, 29; § 15 A II, Anm. 4
<u>servitus altius non tollendi</u>	§ 8 Anm. 17
<u>set-off</u>	§ 2 Anm. 12
<u>Sicherheitsleistung</u>	§ 20 B I
<u>Sicherungsinteresse</u>	§ 2 Anm. 8; § 9 D; § 16 Anm. 17
<u>Skontrationsvertrag</u>	§ 23 B, Anm. 14
<u>sowjetisches</u> Recht	§ 2 Anm. 11, 13; § 13 Anm. 1, 2; § 15 Anm. 4
<u>soziale</u> Signifikanz der Aufrechnung.	§ 2 B I 2
<u>Sozialforschung</u>	§ 2 B II

<u>Sozialpolitik</u>	§ 2 B II
<u>Sozialstruktur</u> und Aufrechnung	§ 2 B I 2, Anm. 12; § 13 Anm. 1
<u>Soziologie</u>	§ 2 B I 1
<u>soziologische</u> Jurisprudenz im Aufrechnungsrecht	§ 2 B I
<u>soziologische</u> Methode	§ 2 B I 2 a
<u>Stellvertretung</u> beim Empfang der Aufrechnungserklärung	§ 14 B a.E.; § 19 A II 1; § 20 A II
<u>Stickschulden</u> und Aufrechnung	§ 11 A II
<u>subjektive</u> Interpretationstheorie .	§ 2 B II; § 21 B I, Anm. 11
<u>subjektives</u> Recht	§ 9 D, Anm. 11
<u>Surrogation</u>	§ 8 Anm. 11; § 10 A II, C II; § 11 A III; § 12 Anm. 3; § 15 A I; § 17 A I a.E.; § 20 B I; § 23 A III
<u>Terminologie</u>	§ 1
<u>Testamentsvollstreckerzeugnis</u> und Aufrechnung	§ 17 Anm. 17; § 22 Anm. 6
<u>Todeserklärung</u> und Aufrechnung	§ 17 Anm. 17; § 22 Anm. 6
<u>Übertragung</u> des Hauptrechtes	§ 8 C
<u>übertragungsgleiche</u> Belastungen ...	§ 22; § 24
<u>Umwandlung</u> der positiven oder nega- tiven Fassung von Rechts- sätzen	§ 2 Anm. 25; § 3 A I, II, Anm. 1; § 4 B I, II; § 5 A; § 6; § 7 B; § 25 Abs. I a.E.
<u>Umwandlung</u> des Befreiungsan- spruchs	§ 11 A III a.E.; § 23 C, Anm. 16
<u>ungerechtfertigte</u> Bereicherung	§ 16 C, Anm. 17, 18; § 19 Anm. 15
<u>Unmittelbarkeit</u> als Kennzeichen der Dinglichkeit des Aufrechnungs- rechtes	§ 8 A
<u>Unmittelbarkeit</u> im Anwartschafts- recht	§ 10 A II, Anm. 9, 10; § 12 Anm. 3
<u>venire contra factum proprium</u>	§ 12 A II, Anm. 6
<u>Verfall</u> des Verwertungsgegen- standes	§ 8 B I 1; § 11 B; § 14 A; § 15 A II; § 23 A III
<u>Verfügungsbefugnis</u> kraft guten Glaubens	§ 16 B, Anm. 10; § 17 C, Anm. 15; § 18 B III, Anm. 12; § 23 A II, Anm. 7
<u>Vergleichsrecht</u>	§ 7 Anm. 1; § 20 B
<u>Verjährung</u> der Gegenforderung	§ 13 A, C
<u>Verkehrsgeschäfte</u> (Gegensatz: Ab- lösungsgeschäfte)	§ 17 B II
<u>Verpfändung</u> der Gegenforderung	§ 23 A
<u>Verpfändung</u> der Hauptforderung	§ 5; § 12 B I, III; § 21 A I, C; § 22; § 24
<u>Verpfändung</u> und Schuldnerschutz ...	§ 5 B II; § 16 A II, B, Anm. 3, 4, 5

<u>Verrechnung</u>	§ 2 Anm. 13
<u>Verstrickung</u>	§ 19 A II Abs. I
<u>Vertragsaufrechnung</u>	§ 2 Anm. 19; § 9 Anm. 2; § 15 Anm. 2
<u>Vertretungstheorie</u>	§ 19 A II 1, Anm. 10; § 20 A I, Anm. 10
<u>Verwertungsrecht</u>	§ 8 B I 1
<u>Verwertungsrecht</u> als Gegenrecht ...	§ 9 C, Anm. 10
<u>Verwertungsrecht</u> als Hauptrecht ...	§ 1 B VI; § 8 B Abs. I, B I 2; § 9 B
<u>Verwertungsrechtstheorie</u>	§ 8 B I, Anm. 9; § 9 Anm. 9; § 10 B III; § 11 A I, B, Anm. 11; § 13 A; § 14 A, B; § 15 A I, Anm. 11; § 17 C; § 18 B III; § 23 A III
<u>Verzicht</u> auf das Aufrechnungs- recht	§ 19 B II, Anm. 22; § 23 A I, Anm. 2
<u>Verzugsschaden</u>	§ 15 Anm. 5; § 21 A I
<u>volkswirtschaftliche</u> Bedeutung der Aufrechnung	§ 2 Anm. 9
<u>Vollstreckungsgegenklage</u> des Auf- rechnenden	§ 1 Anm. 2; § 2 Anm. 15
<u>Vorausverfügung</u> und Aufrechnung ...	§ 3 D II, III
<u>Vorlegungspapiere</u>	§ 18 A
<u>Vormerkung</u>	§ 8 B II 1; § 10 B III
<u>Werklohnforderungen</u> als Haupt- rechte	§ 19 Anm. 16; § 21 Anm. 19
<u>Wertpapierrecht</u> und Aufrechnung ...	§ 18, Anm. 14
<u>Wirkung</u> der Aufrechnung	§ 8 B Abs. I, Anm. 4; § 15; § 16 B a.E., Anm. 14; § 17 C a.E.; § 18 B III a.E.; § 23 A II a.E., III, D, Anm. 11
<u>wirtschaftspolitische</u> Bedeutung der Aufrechnung	§ 2 Anm. 9
<u>wirtschaftstheoretische</u> Bedeutung der Aufrechnung	§ 2 Anm. 9
<u>Wortinterpretation</u>	§ 2 A IV, B II, Anm. 25; §§ 3-7
<u>Zinsen</u> der Hauptforderung	§ 15 Anm. 5
<u>Zugangstheorie</u>	§ 16 A II, Anm. 8
<u>Zwangsverwalter</u> als Aufrechnungs- gegner	§ 19 A II 1
<u>Zwangsverwertungsrecht</u>	§ 19 A I, C
<u>Zwangsvollstreckungsrecht</u> und Auf- rechnung	§ 4; § 5 B II; § 12 B I, III; § 16 A II, B, Anm. 9; § 19; § 21 A I, C; § 22; § 24

L e b e n s l a u f

Am 23. November 1936 wurde ich, Ewald Paul Philipp Metzler, als Sohn des Schreinermeisters Ewald Philipp Heinrich Metzler und seiner Ehefrau Martha Auguste Metzler, geborene Fuchs, in Herborn, Dillkreis geboren. Von Herbst 1943 bis Herbst 1947 besuchte ich die Volksschule in Herborn und anschließend das Staatliche Realgymnasium Dillenburg, an dem ich am 12. März 1957 das Reifezeugnis erwarb. Während meiner Schulzeit verbrachte ich ein Jahr als Austauschschüler des American Field Service in den Vereinigten Staaten, wo mir am 17. Juni 1955 von der Berkeley High School in Berkeley, Kalifornien das Diploma of Graduation verliehen wurde.

Vom Sommersemester 1957 bis zum Wintersemester 1958/59 studierte ich Rechtswissenschaft und Fremdsprachen an der Ruprecht-Karl Universität in Heidelberg. Gleichzeitig war ich Mitglied des Collegium Academicum der Universität. Vom Sommersemester 1959 bis zum Sommersemester 1961 setzte ich an der Philipps-Universität in Marburg an der Lahn mein Studium fort. Während meiner Marburger Studienzeit erschien von mir im 159. Band des Archivs für die civilistische Praxis (Seiten 143 bis 161) ein Aufsatz unter der Überschrift "Zur Substitution, insbesondere zu ihrer Abgrenzung von der Erfüllungsgehilfenschaft". Am 30. April 1962 bestand ich am Oberlandesgericht in Frankfurt am Main die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung mit der Note "voll befriedigend".

Vom Sommersemester 1962 bis zum Sommersemester 1964 blieb ich an der Philipps-Universität in Marburg an der Lahn immatrikuliert und fertigte bei Herrn Professor Dr. Rudolf Bruns meine Dissertation an. Während des akademischen Jahres 1964/65 studierte ich aufgrund eines Fulbright-Stipendiums in Verbindung mit der mir zuerkannten Robert G. Storey, Jr., Memorial Fellowship der Southwestern Legal Foundation an der School of Law der Southern Methodist University in Dallas, Texas, wo mir am 30. Mai 1965 der Grad eines Master of Comparative Law verliehen wurde, dessen Führung mir der Hessische Kultusminister am 25. November 1965 genehmigte.

Im Wintersemester 1965/66 war ich an der Philipps-Universität in Marburg an der Lahn immatrikuliert und mit Abschlußarbeiten an meiner Dissertation beschäftigt.

